Ueber den Vorbehalt der Rückgabe beim Kauf.

(Unter besonderer Berücksichtigung der Gefahrtragung.)

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Felix Levy

aus Königsberg i. Pr.

Referendar am kgl. Landgericht zu Allenstein.

Approbiert am 15. Oktober 1908.

Allenstein.
Druck von W. E. Harich.
1909.

167

Ueber den Vorbehalt der Rückgabe beim Kauf.

(Unter besonderer Berücksichtigung der Gefahrtragung.)

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Felix Levy

aus Königsberg i. Pr.

Referendar am kgl. Landgericht zu Allenstein.

ACAD. LUGDBAT. BIBL.

Approbiert am 15. Oktober 1908.

Allenstein.
Druck von W. E. Harich.
1909.

Referent: Universitäts-Professor Dr. Oertmann.

Meinen Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542704_0066

Literaturverzeichnis.

Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß. Herausgegeben von Fischer. Bd. XIII. 1906.

Archiv für ziviliſtiſche Praxis. Bd. 74. Bd. 82.

Arendts: Lehrbuch der Pandekten. 4. Aufl. 1861.

Bechmann: Der Kauf nach gemeinem Recht. II,1, 1864.

Bekker: System des heutigen Pandektenrechts. Bd. II 1889.

Bothe: Begriff, Zweck und Wirkung der Bedingungen. Diſſ. 1899.

Brinz: Lehrbuch der Pandekten. 2. Aufl. 1892.

Buſch: Archiv für Theorie und Praxis des deutſchen Handelsrechts.

Caro: Die Theorie der emtio ad gustum. Diſſ. 1871.

Conze: Der Einfluß einer Verfügung des Käufers über die Kaufſachen auf die ädiliciſchen Rechtsmittel. Diſſ. Berlin 1903.

Coſack: Lehrbuch des deutſchen bürgerlichen Rechts. 4. Aufl. 1903.

Crome: System des deutſchen bürgerlichen Rechts. 1902.

Dechamps: Die obligatoriſchen Wahlverhältniſſe nach dem Recht des BGB. Diſſ. 1901.

Dernburg: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts des Deutſchen Reichs und Preußens. 1906.

Dernburg: Pandekten. 3. Aufl. 1892.

Dernburg: Preußiſches Privatrecht. 4. Aufl. 1889.

Deutſche Juriſtenzeitung, 1905.

Düringer & Hachenburg: Das H.G.B. erläutert. 1905.

Emerich: Kauf- und Werklieferungsvertrag nach dem B.G.B. 1899.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 9. Aufl.

Enneccerus: Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. 1888.
Enneccerus & Lehmann: Das bürgerliche Recht. 2. Aufl. 1901.
Entscheidungen des Reichsoberlandesgerichts.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Erste Lesung. 1888.
Fischer-Henle: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches. 7. Aufl. 1906.
Gareis: Handelsgesetzbuch 1898. Handausgabe.
Gareis-Fuchsberger: Das allgemeine deutsche H.G.B. 1891.
Gernsheim: Die Ersetzungsbefugnis im deutschen bürgerlichen Recht. Diss. 1906.
Glücks Erläuterung der Pandekten. Bd. 46.
Goldmann: Das H.B.G. vom 10. Mai 1897. 1906.
Goldmann-Lilienthal: B.G.B. 2. Aufl.
Goldschmidt: Zeitschrift für das Handelsrecht. Bd. I, II, III, V.
Gotthelf: Ueber Kauf mit Vorbehalt des Umtausches. Diss. 1898.
Gruchots: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Bd. 48, 49.
v. Hahn: Kommentar zum allgemeinen deutschen Handels-Gesetzbuch. Bd. II. 1867.
Haidlen: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungs-Gesetz. 1897.
Hartzem: Gefahrtragung beim Kauf für die Zeit des Schwebens einer Bedingung. Diss. 1903.
Heiliger: Tragung der Gefahr bei gegenseitigen Verträgen. Diss. 1899.
Heise & Cropp: Juristische Abhandlungen. Bd. I. 1827.
Hellwig: Anspruch und Klagerecht, 1900.
Heuser: Das ausbedungene Rücktrittsrecht beim Kaufvertrage nach gemeinem Recht und B.G.B. Diss. 1899.
Hölder: Kommentar zum allgemeinen Teil des B.G.B. 1900.
Hofmann: Ueber das periculum beim Kauf. 1870.
Iherings Jahrbücher für Dogmatik des bürgerlichen Rechts.

Juristische Wochenschrift.
Kaufmann: Kommentar und Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuches Bd. I. Allgemeiner Teil. 1890.
Kisch: Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem B.G.B. für das Deutsche Reich 1900.
Krahmer: Gegenseitige Verträge. 1904.
Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.
Kuhlenbeck: Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch 1899.
Lande: Das B.G.B. für das Deutsche Reich. 1897.
Langheineken: Anspruch und Einrede nach dem deutschen B.G.B. 1903.
Lehmann-Ring: Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1901.
Littmann: Das gesetzliche Rücktrittsrecht vom Vertrage nach dem B.G.B. Diss. 1902.
Litten: Die Wahlschuld im deutschen bürgerlichen Recht. 1903.
Lukanow: Der Kauf auf Probe. Diss. 1903.
Makower: H.G.B. mit Kommentar. 12. Aufl. 1904.
Maase: Gefahrtragung beim Kauf für die Zeit des Schwebens einer Bedingung. 1901.
Matthias: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1899.
Meisner: Kommentar zum B.G.B. nebst Einführungsgesetz. 1898.
Motive zu dem Entwurf eines B.G.B. 1888.
Mugdan & Falkmann: Sammlung von Entscheidungen der Oberlandesgerichte. Bd. VIII.
Müller & Meikel: Das bürgerliche Recht in seiner neuen Gestaltung. 1899.
Neumann: Handausgabe des B.G.B. 1899.
Oertmann: Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Auflage. 1906.
Passauer: Der Kauf auf Probe nach dem neuen bürgerlichen Recht. Diss. 1904.
Passmann: Die Gefahr beim bedingten Kaufe. Diss. 1901.
Planck: Kommentar zum B.G.B. nebst Einführungsgesetz. 3. Aufl. 1907.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des B.G.B.
Puntschart: Die fundamentalen Rechtsverhältnisse des römischen Privatrechts. 1885.
Reatz: Das B.G.B. für das deutsche Volk. 1897.
Regelsberger: Zur Lehre vom Altersvorzug der Pfandrechte. 1859.
Rehbein: Das B.G.B. mit Erläuterungen für das Studium und die Praxis. 1903.
Rudorff & Schäfer: Das Reichszivilrecht. 1900.
Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht. Bd. X.
v. Savigny: System des römischen Rechts. Bd. III.
Schäfer: Die Einwirkung der nachfolgenden Unmöglichkeit auf Schuldverhältnisse aus gegenseitigen Verträgen. Diss. 1902.
Scherer: Recht der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1899.
v. Scheurl: Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften. 1871.
Schollmeyer: Recht der Schuldverhältnisse (Allgemeiner Teil). 1900.
Schollmeyer: Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse.
Schuppenhauer: Die Rückwirkung der Resolutivbedingung. Diss. 1902.
Seckel: Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts (in der Festgabe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin für Richard Koch 1903).
Seeger: Ueber den Tausch. Diss. 1890.
Seufferts Archiv für Entscheidung der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
Seufferts Blätter für Rechtsanwendung. Bd. 69. Bd. 71.
Slawski: Die Wirkung der Rücktrittserklärung auf das bestehende Schuldverhältnis. Diss. 1906.
Staub: Kommentar zum H.G.B. 6. und 7. Aufl. 1900 .
Staudinger: Kommentar zum B. G. B. 1901.
Stein: Die Natur des Kaufs auf Probe und die praktische Bedeutung der verschiedenen Ansichten. Diss. 1896.
Szkolny-Caro: B.G.B. für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz. 1898.

Thöl: Das Handelsrecht. 6. Aufl. 1879.
Titze: Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht. 1900.
v. Vangerow: Lehrbuch der Pandekten. 7. Aufl. 1876.
Weitz: Die facultas alternativa. Diss. 1904.
Wendt: Neurecht und Gebundenheit bei Rechtsgeschäften. 1879.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. 1906.
Zitelmann: Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. (Allgemeiner Teil). 1900.
Weitz: Die facultas alternativa. Diss. 1904.

Einteilung.

I. **Einleitung.**

§ 1. Einleitung.

II. **Ausführung.**

§ 2. Bemerkungen in der Literatur über den Vorbehalt der Rückgabe.

A. Mögliche Konstruktionen.

§ 3. Rücktrittsrecht.
§ 4. Nähere Prüfung mit Bezug auf die Gefahrtragung.
§ 5. Kauf auf Probe.
§ 6. Nähere Prüfung mit Bezug auf die Gefahrtragung.

B. Ansicht des Verfassers.

§ 7. Ansicht des Verfassers.

§ 1.
Einleitung.

Der wirtschaftliche und soziale Organismus der modernen Völker, ihr Handel, ihre Industrie, ihre Krediteinrichtungen, ihre Vergesellschaftungen im weitesten Sinne sind gegenüber allen früheren Zeiten unendlich vielgestaltiger geworden. Das früher in ruhigen Bahnen fließende, vorwiegend bäuerliche und kleingewerbliche Leben hat sich allmählich in einen mächtig dahinflutenden Strom verwandelt.

Konnte nun schon in früheren Jahrhunderten *kein Gesetz* und kein Gesetzbuch die verschiedenartigen Gestaltungen und Verschlingungen des praktischen Lebens auch nur entfernt alle vorhersehen, so ist dies erst recht unmöglich geworden angesichts der ungeheuren Fülle der verwickelten Formen und Beziehungen des modernen Wirtschaftslebens.

Auch nicht die juristische Kunst der *Gesetzesauslegung* hat auf dem Privatrechtsgebiet mit jener Entwicklung des praktischen Lebens gleichen Schritt gehalten und konnte es vielleicht auch nicht immer.*)

*) vgl. *Fuchs*: Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz.

Wenn aber Institute, die sich schon sehr lange im Geschäftsleben eingebürgert haben, nur dürftig, teilweise überhaupt nicht in der juristischen Literatur und Praxis behandelt werden, so muß dies auffallend erscheinen.

Der Kauf mit Vorbehalt des Umtausches bildet, wie Oertmann*) m. E. mit vollstem Recht sagt, bei Weihnacht- und Geburtstagseinkäufen, eher die Regel als die Ausnahme; es dürfte kaum zu kühn sein, ihn bei allen Käufen, die erklärtermaßen zu derartigen Zwecken geschlossen werden, als im Zweifel unterstellt zu erachten. Und doch findet man darüber mit Ausnahme von wenigen und flüchtigen Bemerkungen in der Literatur**) und in einigen Entscheidungen der Gerichte***) nur zwei selbstständige Erörterungen,†) die gezeigt haben, daß dieses Institut nicht frei von juristischen Zweifeln ist.

Ueber den Kauf mit Vorbehalt der Rückgabe fehlt überhaupt, soweit ich übersehen kann, jede selbständige wissenschaftliche Arbeit, und auch die Praxis hat bis jetzt noch keine Entscheidung darüber getroffen. Nur nebenbei wird er in der Literatur erwähnt.

---

*) Seufferts Blätter f. R. Anwendung. Bd. 71, S. 685.

**) vergl. Planck II., S. 406. — Staub S. I 397. — Dernburg II. S. 102. — Oertmann. S. 420; — Lehmann Ring II. S. 191; — Kosack I. S. 464.

***) vgl. Sächsisches Archiv Bd. X. S. 516. Bd. VII. S. 218. Seufferts Archiv Bd. 56, S. 548.

†) vgl. Gotthelf. — vgl. Oertmann in Seufferts Blättern f. R. Anwendg. Bd. 71, S. 685 ff.

Es ist deshalb Zweck dieser Zeilen, dieses fast ebenso oft wie der Kauf mit Vorbehalt des Umtausches im Leben vorkommende Geschäft juristisch zu beleuchten und gegebenenfalls zu zeigen, daß es auch hierbei wie bei der Umtauschklausel Zweifelsfragen gibt.

§ 2.

Bemerkungen in der Literatur über den Vorbehalt der Rückgabe.

Am ausführlichsten spricht sich Dertmann*) bei der Abgrenzung der Umtauschklausel über diese Kaufabrede aus. Ein solcher Kauf, bei dem sich der Verkäufer verpflichtet hat, die dem Käufer nicht gefallende Ware zurückzunehmen, werde mit Recht meist von der Umtauschklausel geschieden. Der Unterschied von dieser bestehe in ihrer wesentlich weiter gehenden Wirkung, nicht nur was, sondern ob gekauft werden solle, hänge bei der Rücknahmeklausel vom Belieben des Käufers ab, entscheide sich dieser dafür, daß ihm die Ware nicht zusage, so komme das gesamte Geschäft nicht zu stande oder werde doch aufgelöst. Mit anderen Worten: Kraft der Rücknahmeklausel werde dasselbe zu einem Kauf auf Probe oder es werde ihm doch mindestens ein Rücktrittsrecht des Käufers**) beigefügt.

*) Seufferts Blätter f. R. Anwendung, Bd. 71, S. 686.
**) § 346 ff. B.G.B.

Was von beiden anzunehmen sei, sei schließlich eine Tatfrage. Auch sonst wird die Rückgabeklausel, soweit sie überhaupt Erwähnung findet, als Rücktrittsrecht oder Kauf auf Probe aufgefaßt.

So erwähnt Kisch*) als Wendungen, in denen sich der Vorbehalt des Rücktritts auch einkleiden kann: „Ich erwarte die Rückgabe der Sache" und führt Crome**) „Nichtkonvenierendes soll zurückgeschickt werden" als Beispiel eines Kaufes auf Probe an.

§ 3.
Rücktrittsrecht.

Liegt im Vorbehalt der Rückgabe ein dem Käufer eingeräumtes Rücktrittsrecht, so finden darauf §§ 346 ff. B. G. B. Anwendung.

Den Interessen des Käufers ist dann geholfen, da nach § 349 allein durch seine Erklärung gegenüber dem Verkäufer der Rücktritt erfolgt, denen des Verkäufers kommen besonders die §§ 351 ff. zu Hilfe.

Denn hat der Käufer durch neu- oder eigenwirtschaftliche Behandlung***) des Rückleistungsgegenstandes dessen Untergang oder Verschlech-

*) S. 137.
**) II. S. 487, Anm. 17.
***) vgl. Kohler, Lehrbuch der bürg. R. II. S. 197.

terung verschuldet, so ist der Rücktritt ausgeschlossen. Auch wird in der Regel die Befugnis zum Rücktritt zeitlich befristet sein; hierbei ist es wohl angängig und auch zweckmäßig, die Entscheidung des O.-L.-G. Dresden*) vom 4. Mai 1903 entsprechend anzuwenden. Diese besagt: falls Umtausch jederzeit vorgesehen sei, so sei dies kein zeitlich unbeschränktes Recht, sondern nur die Einräumung einer billigen Prüfungsfrist für den Käufer, deren Dauer sich nach der Gesamtheit der Umstände richtet. Außerdem schützt den Verkäufer noch § 355; nach dieser Bestimmung kann dem Berechtigten, falls für die Ausübung des Rücktrittsrechts eine Frist nicht vereinbart ist, von dem anderen Teile für die Ausübung eine angemessene Frist bestimmt werden. Wird dann der Rücktritt vor Ablauf der Frist nicht erklärt, so erlischt das Rücktrittsrecht.

Erklärt nun der Käufer den Rücktritt, so sind nach § 346 die Parteien verpflichtet, einander die empfangenen Leistungen zurückzugeben.

Mit Recht rügt m. E. Endemann**) die unbestimmte Fassung des § 346 S. 1. Die Unsicherheit über die Rechtsgrundlage trete an mehreren Stellen störend hervor; so im Verhältnis des § 347 zu § 351.***)

Denn werde festgehalten, daß nach § 347 die Verpflichtung zur Leistung mit dem Empfang der Sache be-

*) Vgl. Mugdan & Falkmann Bd. VIII. S. 56.
**) I S. 851, Anm. 26.
***) Vgl. I S. 853, Anm. 38 a.

ginne, so sei die Verweisung im § 351 auf § 278 überflüssig und nur deshalb gegeben, weil einer klaren Stellungnahme bei den Beratungen ausgewichen wurde. Oder des § 348, wo die beiderseitigen Verpflichtungen als Verpflichtungen aus einem gegenseitigen Vertrage aufgefaßt werden, zu § 350, wo dies nicht unterstellt wurde, der eine volle Ausnahme von den im § 348 herangezogenen Grundsätzen sei.

Die Kommission*) für die zweite Lesung des Entwurfs des B. G.-B. hielt es jedoch ausdrücklich für empfehlenswert, nachdem die Versuche einer scharfen Formulierung der Rücktrittswirkung gescheitert waren, die Konstruktion der Wirkung der Rücktrittserklärung ebenso wenig im Gesetz auszusprechen wie beim Widerruf einer Schenkung und bei der Rechtskraft.

Jedenfalls, wird man also sagen müssen, haben die Parteien dem Käufer ein Rücktrittsrecht eingeräumt, so kann er nach § 350 auch jetzt noch, nachdem ihm die Sache ohne seine Schuld untergegangen oder gestohlen ist, den Rücktritt erklären, es sei denn, daß der Verkäufer den sicherlich schwierigen Beweis erbringt, § 350 wäre von ihnen ausgeschlossen, es sei vielmehr verabredet, nur gegen Rückgabe des betreffenden Gegenstandes solle der Rücktritt gestattet sein.

Der Entwurf I § 427 Abs. 1 hatte nämlich bestimmt: „Der Rücktritt bewirkt, daß die Vertragschließenden so berechtigt und verpflichtet sind, wie wenn der Vertrag nicht geschlos-

*) Vgl. Protokoll II Bd. VI. S. 158.

sen wäre, insbesondere, daß kein Teil eine nach dem Vertrage ihm gebührende Leistung in Anspruch nehmen kann, und daß jeder Teil verpflichtet sei, dem anderen Teile die empfangenen Leistungen zurückzugewähren" und in den folgenden Sätzen die infolge des Rücktritts eintretenden Verpflichtungen beider Teile klargelegt.

In der zweiten Kommission *) war jedoch diese Konstruktion bekämpft und beantragt worden, die Bestimmung des Entwurfs durch die Vorschriften zu ersetzen, daß der Rücktritt die Wirkung habe, daß das durch den Vertrag begründete Schuldverhältnis erlösche und beide Teile einander so verpflichtet seien, wie wenn der Vertrag nicht geschlossen wäre. Dieser Antrag wurde abgelehnt und infolgedessen bei dem ersten Entwurfe geblieben. Später jedoch erklärte sich die Kommission mit dem dem obigen Antrage zugrunde liegenden Gedanken zwar einverstanden, gab jedoch trotzdem dem § 427 Abs. 1 des Entw. I genau dieselbe Fassung, die der § 346 S. 1 B. G.-B. hat.

So ist der Wissenschaft hinsichtlich der Wirkung der Rücktrittserklärung durch das Gesetz freie Hand gelassen.

Daß das (vertragsmäßige) Rücktrittsrecht scharf von der auflösenden Bedingung getrennt zu halten sei, wird fast allgemein**) betont. Die Rücktrittsklausel wirkt

*) Protokolle II. Bd. I. S. 788 ff.

**) Vgl. Fischer-Henle: S. 203; Neumann: I S. 175; Staudinger: II S. 96 Nr. 2; Schollmeyer:

nie*) von selbst, wodurch sie sich hauptsächlich von der auflösenden Bedingung unterscheidet; zur Auflösung des Vertrages bedarf es einer besonderen Rücktrittserklärung. Auch treten hier nicht, wie bei dem unter einer auflösenden Bedingung vorgenommenen Rechtsgeschäft die gleichen Wirkungen ein; es fällt z. B. das Eigentum der Kaufsache nicht von selbst an den Verkäufer, vielmehr ist der Käufer obligatorisch gebunden, das Eigentum auf den Verkäufer zu übertragen.

Nur Enneccerus—Lehmann**) sehen in dem Vorbehalt des Rücktritts seinem Wesen nach die Festsetzung einer Resolutivbedingung. „Denn es wird vereinbart, daß das Schuldverhältnis, wenn der Rücktritt erfolge, wieder aufgelöst sein solle. Aber die Wirkung dieser Resolutivbedingung ist vom B. G. B. durchaus abweichend von anderen Resolutivbedingungen geordnet."

Weniger Einigkeit herrscht jedoch über die positive Bedeutung der Rücktrittserklärung. Am häufigsten findet man die Anschauung einer direkten Wirkung***)

S. 255; Oertmann: S. 198; Planck: II S. 193; Matthias: I S. 369; Crome: II S.198; Endemann: I S.851.

*) vgl. Crome: II, S. 198.

**) I. S. 461.

***) vgl. Fischer-Henle: S. 203; Neumann: I, S. 175; Staudinger: II, S. 95; — Schollmeyer: S. 256 Nr. 2; Oertmann: Seufferts Blätter. Bd. 69, S. 65 ff. Planck: II, S. 193. — Enneccerus-Lehmann: S. 461. Cosack: I S. 385; Goldmann-Lilienthal: S. 401. Kuhlenbeck: Von den Pandekt. zum B. G.-B. II. S. 199; Langheinecken: S. 315—316; Kisch: S. 143; Demelius: S. 58; Entsch. R.-G. Bd. 50 S. 266.

Durch den Rücktritt werde das ganze Schuldverhältnis vollständig aufgelöst und zwar, wie man meist hinzufügt, mit rückwirkender Kraft. Die Verpflichtungen des Kontrahenten, der noch nicht geleistet hat, erlöschen ohne weiteres, nicht etwa gewinne er nur eine Einrede. Die bereits vollzogenen Leistungen verlören nachträglich ihren Rechtsgrund und würden daher an und für sich mit den allgemeinen Ansprüchen aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 ff. B. G.-B.) zurückgefordert werden können. Wenn statt dessen das Gesetz in §§ 346 ff. die aus dem Rücktritt entspringenden Rückgewährsansprüche besonders geregelt habe, so sei dies nur im Sinne einer Erweiterung der Pflichten geschehen. (Planck: II S. 193).

Dernburg*) dagegen meint, aus der Auffassung des Rücktritts als Aufhebung des Geschäfts wäre zu folgern, daß das, was die Parteien infolge des Geschäftes empfangen hätten — causa finita — mit der Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung zurückzugewähren sei. Dies habe aber § 346 abgelehnt. Daher lasse er durch den Rücktritt nur anders geartete, neue Verpflichtungen auf Rückgewähr entstehen. Hieraus ergebe sich, daß das Gesetz von der zweiten Auffassung ausgehe, welche die erste Kommission, von welcher der Paragraph herrühre, teile. Folgerichtig hätte die erste Kommission**) angenommen, daß die

*) Ebenso Motive: II S. 260 ff.; Matthias: I S. 369; Szkolny-Caro: S. 397; ähnlich Endemann: I S. 851, S. 222.

**) Bürgerl. Recht II S. 266.

aus dem Vertrage entspringenden Verpflichtungen infolge des Rücktritts nur durch Einrede entkräftet, nicht von Rechts wegen aufgehoben werden. Dies liege in der Konsequenz, habe aber praktisch nur geringe Bedeutung. Ungefähr ebenso sagt Crome*): „Die Ausübung des Rücktrittsrechts erzeugt immer nur ein Schuldverhältnis auf Rückgewähr. Die Rückgewähr hat allerdings so zu geschehen, wie wenn der ursprüngliche Vertrag zwischen den Parteien nicht geschlossen wäre, also der Rücktritt bezweckt wirtschaftlich eine volle Beseitigung der Geschäftswirkungen; jede Partei kann verlangen, daß der frühere Zustand wieder hergestellt wird. In diesem Sinne erzeugt die Ausübung des Rücktritts für beide Parteien neue Rechte. Nämlich:

a) soweit aus dem ursprünglichen Vertrage schon geleistet ist, ein Schuldverhältnis auf Rückgabe resp. Wiederherstellung des früheren Zustandes (Anspruch),

b) soweit noch nicht geleistet ist, gegen die ursprüngliche Verpflichtung eine Einrede.

Unzutreffend redet Cosack von einem Erlöschen der Forderungen und Verpflichtungen aus dem Vertrage."

Seckel, ein Vertreter der sog. mittleren Meinung, unterscheidet hinsichtlich der Rücktrittswirkung, ob die Verpflichtungen aus dem Schuldverhältnis im Augenblicke des

*) II S. 199.

Rücktritts schon erfüllt waren oder nicht. Ersterenfalls war jenes schon untergangen, der Rücktritt wirkt hier also nicht liberatorisch, sondern lediglich forderungsbegründend. Letzterenfalls dagegen stehen keine Rückgewährungsansprüche in Frage, vielmehr werden die Parteien einfach von ihren Vertragspflichten befreit. „Das Rücktrittsrecht entfaltet hier nur seine Liberations-, nicht seine Recuperationsfunktion.

Aehnlich spricht sich Hellwig aus:

„In der vertragsmäßigen Statuierung eines Rücktrittsrechts liegt einmal die Einräumung der Befugnis, durch einseitige Erklärung das Vertragsverhältnis aufzulösen, sodann implicite das Versprechen, die etwa schon empfangenen Leistungen derart rückgängig zu machen, daß der frühere Zustand wieder hergestellt wird.

a) Die erste Befugnis hat völlig den Charakter des Kündigungsrechts. Wie bei der Kündigung tritt hier die Auflösung nicht ex tunc, sondern ex nunc ein und sie kann die Verpflichtungen, welche der Vertrag erzeugte, nur dann aufheben, wenn diese noch existieren, also nicht, wenn sie schon aus anderen Gründen, namentlich durch Erfüllung, untergangen sind.

b) Die Rücktrittserklärung bewirkt ferner die von der freien Entscheidung der Berechtigten abhängige Erfüllung der Bedingung, mit welcher die Verpflichtungen zur Rückerstattung der rechtzeitig

empfangenen Leistungen und die entsprechenden Forderungsrechte zur Entstehung gelangen.

c) In der Befugnis der Rücktrittsberechtigten, die noch nicht erfüllte Verpflichtung aufzuheben, liegt ein Leistungsverweigerungsrecht, also eine Einrede, deren Gebrauch das bis dahin noch bestehende Forderungsrecht des Gegners, also auch das eigene, aufhebt."*)

Will man zu diesen verschiedenen Theorien hinsichtlich der Bedeutung der Rücktrittserklärung Stellung nehmen, so muß man zwar mit Oertmann**) zugeben, daß sich ein jeden Zweifel ausschließender Beweis für die Richtigkeit einer dieser Theorien aus dem Gesetzbuch kaum wird erbringen lassen. Doch zeigt eine weiter gehende Prüfung,***) daß Dernburg sowie Seckel und ihre Anhänger zu unhaltbaren Konsequenzen kommen und dem Willen des Gesetzgebers kaum gerecht werden. Bei der herrschenden Lehre wird dies vermieden, so daß man sich wohl ohne Bedenken auf den Standpunkt der herrschenden Ansicht stellen kann.

Prüft man zunächst Dernburgs und seiner Anhänger Theorie, so spricht†) gegen die Annahme, daß durch den Rücktritt nur eine zivilrechtliche Einrede gegen

*) vgl. auch Windscheid-Kipp: II, S. 347;

**) Seuffert's Blätter f. R. Anwendung, Bd. 69, S. 71.

***) vgl. für das Folgende besonders Oertmann's Aufsatz über die „Bedeutung der Rücktrittserklärung" in Seuffert's Blättern f. R. Anwendung, Bd. 69, S. 65 ff.

†) Planck II, S. 193.

die aus dem Vertrage beruhenden Ansprüche begründet werde, die Erwägung, daß das B. G. B. die Rechtsform der Einrede nur in solchen Fällen wählt, in welchen besondere Gründe dafür sprechen, daß es an solchen Gründen hier aber tatsächlich fehlt. Dazu kommt, daß das B. G. B., wo es eine Einrede bestimmen will, dies durch die Fassung der Vorschrift „der Schuldner ist die Leistung zu verweigern berechtigt" oder durch die direkte Bezeichnung des Rechts als Einrede regelmäßig ausdrücklich hervorhebt, daß aber die Fassung des § 346 einen derartigen Hinweis nicht enthält.

Außer diesen formalen Bedenken gegen Dernburgs Ausführungen könnten sich hierbei auch praktisch unhaltbare Konsequenzen ergeben. So mag zur Zeit des Rücktritts der eine, aber nicht der andere seine Leistung erfüllt haben. Dann gewinnt derjenige, der schon geleistet hat, einen Rückgewähranspruch auf das von ihm Geleistete, behält aber andererseits dessenungeachtet zunächst seinen Anspruch auf die Gegenleistung. So kann er hintereinander, ja sogar beide Ansprüche in Verbindung mit einander erheben, und das Gericht muß beide widerspruchlos zuerkennen, falls der Gegner nicht erscheint oder die Einrede aus Ungeschick vorzubringen unterläßt.*)

Ferner denke man auch ohne vorgängige Erfüllung einer Partei an den Fall des § 326. Ist die dem säumigen Gegner von einer Partei gestellte Nachfrist fruchtlos ver-

*) vgl. dagegen für die herrschende Lehre: Schollmeyer: S. 256, Nr. 2. — Kisch. S. 143; Littmann, S. 91.

ſtrichen, ſo ſoll der Anſpruch des Friſtſtellers auf Erfüllung ausgeſchloſſen, d. h. ipso jure weggefallen ſein. Er gewinnt dafür nach ſeiner Wahl Schadenserſatzanſpruch oder ein geſetzliches Rücktrittsrecht. Wählt er letzteres, ſo bewirkt dies — § 346 iſt ja gemäß § 327 darauf anwendbar — kein Erlöſchen ſeiner Verpflichtung, ſondern nur eine Einrede gegen den Anſpruch des ſäumigen Gegners. Es würde ſich alſo die unhaltbare Folge ergeben, daß der Säumige rechtlich beſſer als ſein nicht ſäumiger Gegner geſtellt wäre, da er einerſeits voll befreit, anderſeits jedoch noch ipso jure berechtigt wäre.

Oder man veranſchauliche ſich den § 360. Der Vorbehalt, daß der Schuldner ſeines Rechtes aus dem Vertrage *verluſtig* ſein ſoll, wenn er ſeine Verbindlichkeit nicht erfüllt, gewährt dem Gläubiger ein Rücktrittsrecht. Sicher wird man dem Parteiwillen nicht gerecht, gewährt man ihnen trotzdem nur eine Einrede. Schon dieſe Erwägungen zeigen zur Genüge, wie unhaltbar Dernburgs Theorie iſt.

Doch auch Seckels Lehre befriedigt nicht, beſonders wenn man erwägt, daß er auf dem Standpunkt ſteht — Hellwig, der auch ſeine Anſicht vertritt, erklärt dies ſogar ausdrücklich — daß die Rücktrittserklärung nur ex nunc wirke. Denn, da nach ihm das Schuldverhältnis durch Zahlung untergegangen iſt, iſt keine liberatoriſche Funktion für den ſpäterhin erfolgten Rücktritt mehr am Platze, was nur bei Annahme einer blos ex nunc wirkenden Rücktrittserklärung möglich iſt. Die Rücktrittserklärung wirkt

jedoch ex tunc, wie aus den gesetzlichen Bestimmungen klar hervorgeht.

Nach § 346 ist der Empfänger einer Leistung verpflichtet, nicht nur das zurückzuerstatten, was von dem Geleisteten noch vorhanden ist, sondern alles, was er seiner Zeit empfangen hat. Ansprüche auf Schadensersatz richten sich nach § 347 vom Empfange der Leistung an nach den Vorschriften, welche für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer von dem Eintritt der Rechtshängigkeit gelten. § 350 wäre sonst einfach sinnwidrig.

Gerade die rückwirkende Kraft des Rücktrittsrechts bildet, wie in der Literatur*) des öfteren betont wird, einen scharfen Unterschied von der Kündigung.

Am meisten Widerspruch verdient jedoch Seckels Auffassung, daß nach Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Schuldverhältnis zur Zeit des Rücktritts das Schuldverhältnis schon untergegangen sei, der Rücktritt also lediglich forderungsbegründend wirke.

Aus den angeführten Worten ergibt sich, daß man die Verpflichtungen aus dem Schuldverhältnis oder, ausführlicher gesagt, die einzelnen Forderungen und Verpflichtun-

---

*) vgl. Crome: II, S. 200. Planck: II, S. 194; — Enneccerus-Lehmann: I, S. 461. Kisch, S. 136.

gen*) — die einzelnen Ansprüche**) im Sinne des § 362 B. G. B. von dem Schuldverhältnis als solchem, d. h. dem Verhältnis, aus welchem Forderungen und Schulden entspringen können, unterscheiden muß. Selbstverständlich endigen durch Erfüllung die einzelnen Ansprüche, womit jedoch keineswegs das Schuldverhältnis als solches erlischt, selbst wenn alle einzelnen, auf ihm beruhenden Ansprüche schon erloschen sind.

Das Schuldverhältnis in diesem letzteren Sinne, das identisch***) ist mit der causa, wie sie Oertmann auffaßt, zeigt trotz Erfüllung der daraus entsprungenen Einzelansprüche seine fortwirkende Bedeutung noch positiv und negativ.†) Positiv: indem sich aus seiner Eigenart auch nach der Tilgung der früheren Ansprüche noch weitere Rechtsfolgen ergeben können, z. B. beim Kaufe die Ansprüche auf Wandlung und Minderung, und negativ: indem diese causa, oder, was dasselbe ist, dieses Schuldverhältnis auch nach Befriedigung der aus ihm entstandenen Ansprüche noch weiterer rechtlicher Schicksale fähig ist, fortfallen kann und dadurch die vollzogenen Leistungen ihres Rechtsgrundes beraubt, sodaß sie, die anfänglich korrekten, nunmehr eine grundlose, der Rückforde-

*) Slawski. S. 24.

**) Fischer-Henle. S. 208.

***) Slawski: S. 27; das zeigen auch deutlich die Vergleiche, deren sich Slawski (S. 25) und Oertmann (im Seuf.-Bl. für R.-A. Bd. 69 S. 77) zur Veranschaulichung ihrer Ansichten bedienen.

†) Oertmann im Seuf.-Bl. für R.-A., Bd. 69, S. 75 ff.

rung ausgesetzte Bereicherung ihres Empfängers darstellen. Auf diesem Gesichtspunkte allein baut sich die sogenannte condictio obcausam finitam auf, wie sie nunmehr im B. G.-B. § 812 Abs. 1 S. 2 in aller Form anerkannt worden ist. Daß tatsächlich trotz vollzogener Leistung eine Beseitigung ihrer causa noch möglich ist, zeigt sich z. B. bei der Anfechtung, beim Eintritt der auflösenden Bedingung, beim Widerruf einer Schenkung, da hier das Geleistete unzweifelhaft nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung zurückgefordert werden kann. Auch kommt es nicht auf die rückwirkende Kraft des Beseitigungsaktes an; das ergibt sich deutlich beim Eintritt der auflösenden Bedingung und beim Schenkungswiderruf, Fälle, in denen die rückwirkende Kraft im allgemeinen ausgeschlossen ist.

Trotz Erfüllung der einzelnen Verpflichtungen ist also das Schuldverhältnis noch nicht untergegangen; der Rücktritt wirkt nicht forderungsbegründend, er bringt vielmehr das Vertragsverhältnis zum Erlöschen. Das Erlöschen *) kann sich jedoch naturgemäß nur auf das Kausalgeschäft beziehen, das nach dem B. G.-B. streng von ihm zu scheidende abstrakte Leistungsgeschäft, die Einigung und die durch sie und die Uebergabe bez. Eintragung eintretende Rechtsänderung bleibt unberührt. Aus der Qualität des Abstrakten folgt, daß es von dem zu Grunde liegenden Kausalgeschäft unabhängig ist, mithin auch durch Rechtsmängel und Ungiltigkeit des letzteren in seinem Bestande nicht erschüttert wird. Das abstrakte Geschäft bleibt also

*) Littmann: S. 88 ff.

trotz des Rücktritts weiter bestehen, ist aber seiner causa beraubt. Mit deren Wegfall ist jedoch die auf Grund des Kausalgeschäftes erfolgte Veränderung in der Güterwelt ungerechtfertigt, und, um den dem Recht entsprechenden Zustand wieder herzustellen, muß die Rückleistung erfolgen. Gewöhnlich vollzieht sich diese gerade bei den abstrakten Geschäften auf Grund der Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung. Bei der mit dieser Haftungsart oft verbundenen Verminderung des empfangenen Gegenstandes würde jedoch der Zweck des Rücktritts nicht erreicht werden; denn dieser liegt darin, daß die Vertragsfolgen beseitigt und der Zustand hergestellt werde, der bestehen würde, wenn der Vertrag nicht geschlossen wäre. Es ist daher die Haftung des Empfängers durch den § 346 B. G.-B. *verschärft worden*.

Diese Auffassung von der Wirkung der Rücktrittserklärung findet auch im § 327 B. G.-B. ihre Bestätigung durch den Gesetzgeber:

„Auf das in den §§ 325, 326 bestimmte Rücktrittsrecht finden die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346 bis 356 entsprechende Anwendung. Erfolgt der Rücktritt wegen eines Umstandes, den der andere Teil nicht zu vertreten hat, so haftet dieser nur nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung."

Wenn beim Rücktritt wegen eines Umstandes, den der andere Teil nicht zu vertreten hat, dieser *nur* nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten

Bereicherung haftet, so ergibt sich aus dem Wort „nur" *) daß an keine Hinzufügung von neuen Rechtsbehelfen, sondern nur an eine Einschränkung der bereits vorhandenen gedacht wurde, daß also die Sonderregeln der §§ 346 ff. gegenüber den allgemeinen Vorschriften über die Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung lediglich als eine Erweiterung, ein plus, aufzufassen sind.

Kein vernünftiger Grund aber läßt sich dafür ausfindig machen **), das in den Fällen des gesetzlichen Rücktrittsrechts gemäß §§ 325 ff. zu Grunde gelegte Verhältnis zwischen den allgemeinen Bereicherungs- und den besonderen Rückgewährverpflichtungen nicht auch für diejenigen des vertragsmäßigen als maßgebend anzuerkennen.

Einzelne Schriftsteller, die im allgemeinen auch der hier vertretenen Ansicht sind, bestreiten jedoch, daß die Beseitigung der causa der Grund für die Entstehung des Schuldverhältnisses auf Rückgewähr sei.

So sagt Rehbein ***): „Was geleistet ist, ist nicht ohne rechtlichen Grund geleistet, sondern auf Grund des Vertrages, und mit dem Rücktritt fällt nicht der rechtliche Grund des Behaltens fort, wie in § 812, sondern der rechtliche Inhalt der vertragsmäßigen Vorbehaltsklausel tritt in Kraft.

---

*) Oertmann in Seuf. Bl. für R.A. Bd. 69, S. 76.
**) Oertmann eod.
***) Bd. II. S. 249.

Am ausführlichsten läßt sich Slawski*) darüber aus. Durch die Rücktrittserklärung erlösche zwar das Schuldverhältnis und mit ihm natürlich auch seine causa für die Zukunft, ohne daß sich aber an diese Beseitigung der causa besondere Rechtsfolgen knüpften. Der Grund der Rückgewährverpflichtungen sei nicht der Fortfall der causa, sondern ein durch die Rücktrittserklärung aufschiebend bedingtes Schuldverhältnis, das bei dem vertragsmäßigen Rücktrittsrecht auf dem Vertrage, beim gesetzlichen auf dem Gesetz beruhe. Wenn auch die §§ 812 ff. und §§ 346 ff. mit einander Aehnlichkeit hätten, und man auch berechtigt sei, festzustellen, daß die in den §§ 346 ff. festgesetzte Haftung eine weitergehende als die der §§ 812 ff. sei, so sei es trotzdem bedenklich, von der Aehnlichkeit der Wirkungen auf dieselbe Ursache, nämlich den Wegfall der causa, zu schließen. Der § 327 S. 2 sei eben höchstens eine Ausnahme von der Regel der §§ 346 ff., und deshalb sei es nicht angängig, hieran so weittragende, die ganze Konstruktion des Rücktritts bestimmende Folgerungen zu knüpfen, wie Oertmann es tut. Endlich bewirke der Rücktritt, daß das Vertragsverhältnis ex nunc, nicht wie von der herrschenden Lehre und auch an dieser Stelle angenommen wird, ex tunc wirke.

Wenn Hellwigs Konstruktion, die Rückgewähransprüche der §§ 346 ff. aus einem in der Rücktrittsabrede

*) in seiner Dissertation a. a. O.

zu findenden bedingten Erstattungsversprechen abzuleiten, tadelt Oertmann *) und nennt sie mit vollem Recht willkürlich und überflüssig, dasselbe kann man natürlich gegen Slawski anführen; keinenfalls **) kann man damit die Rückgewähransprüche aus einem gesetzlichen Rücktrittsrecht erklären wollen, die doch denen aus einem vertragsmäßigen gleichartig behandelt werden. Man müßte sonst zu der höchst gekünstelten Annahme einer jedem Vertrage innewohnenden aufschiebenden Rechtsbedingung greifen. Slawski kann sich dieser Konsequenz nicht entziehen. Denn nach seiner Ansicht ist das durch die Rücktrittserklärung aufschiebend bedingte Schuldverhältnis dasselbe beim vertraglichen wie gesetzlichen Rücktrittsrecht, nur ist die Entstehung dieses Schuldverhältnisses verschieden zu erklären, je nachdem es sich um die eine oder andere Art des Rücktritts handelt.***) Die Konstruktion eines bedingten Rückgabeversprechens gilt in gleichem Maße für das gesetzliche Rücktrittsrecht.†) Slawski lehnt aber selbst eine jedem Vertrage innewohnende „auflösende" Rechtsbedingung entschieden ab.††) Warum aber nur eine jedem Vertrage innewohnende „auflösende", nicht auch „aufschiebende" Rechtsbedingung abzulehnen ist, ist

*) in Seuf.-Bl. für R.A. Bd. 69 S. 77.
**) Oertmann eod.
***) a. a. O. S. 17.
†) eod. S. 21.
††) eod. S. 17.

nicht ersichtlich; jedenfalls fehlt es an einer Begründung der Lehre Slawskis.

Bei der Konstruktion seines gesetzlichen Rücktrittsrechtes verweist er *) auf Littmann. Und doch steht letzterer auf dem Standpunkt **), daß die neuen Verpflichtungen auf Rückgewähr ihren Grund im causa-Wegfall haben. Gewiß muß man Slawski Recht geben, daß in der Regelung des § 327 S. 2 eine Ausnahme von der Regel gesehen werden kann; doch spricht der Wortlaut dieser Bestimmung unzweifelhaft auch für die hier vertretene Ansicht. Von dieser ist nicht abzugehen, wenn nicht Slawski einen Beweis für seine Meinung erbringt, und nicht blos sich auf die Möglichkeit einer solchen Annahme stützt. Denn die hier vertretene Ansicht ist erst theoretisch begründet worden. Die Gesetzesbestimmung im § 327 S. 2 wurde nur als ein weiterer Beweis für unsere Ansicht angeführt. Auch beim Fehlen dieser Bestimmung hätten wohl Oertmann und auch der Verfasser auf demselben Standpunkt gestanden. Infolgedessen ist auch Slawskis Vorwurf unberechtigt, daß an die Bestimmung des § 327 S. 2 so weittragende, die ganze Konstruktion des Rücktritts bestimmende Folgerungen geknüpft würden.***)

---

*) a. a. O. S. 16.
**) a. a. O. S. 91.
***) a. a. O. S. 20.

Seine Behauptung, der Rücktritt wirke ex nunc, erklärt sich aus seiner allgemeinen, hier schon bekämpften Auffassung von der Wirkung der Rücktrittserklärung. Die Vorstellung von der rückwirkenden Kraft des Rücktritts wird nach seiner Ansicht*) durch das neue Schuldverhältnis auf Rückgewähr in uns hervorgerufen. Nur wenn man die Entstehung dieses Schuldverhältnisses im Auge behalte, könne man von einer rückwirkenden Kraft sprechen. Das Erlöschen des alten Schuldverhältnisses erfolge deshalb nicht ex tunc, sondern ex nunc. Schon an früherer Stelle ist der Beweis erbracht, daß der Rücktritt ex tunc wirke, mithin würde eine besondere Widerlegung dieses Punktes nur zu Wiederholungen führen. Auch gibt ja Slawski selbst die rückwirkende Kraft des Rücktritts zu.

In Anbetracht der obigen Ausführungen muß man sich auf den Standpunkt der herrschenden Lehre hinsichtlich der Bedeutung der Rücktrittserklärung stellen.

Liegt also im Vorbehalt der Rückgabe ein Rücktrittsrecht des Käufers, so wird dieser durch seine Erklärung von dem noch nicht gezahlten Kaufpreis ipso jure befreit, während er den bereits gezahlten sowohl nach § 812 ff. als auch nach § 346 ff. B.G.B. zurückfordern kann. Selbstverständlich müßte er die gekaufte Sache zurückgeben, die der Verkäufer seinerseits auch nach denselben Paragraphen zurückverlangen könnte.

---

*) a. a. O. S. 36 ff.

§ 4.

Nähere Prüfung mit Bezug auf die Gefahrtragung.

Wenn sich soweit für die Annahme des dem Käufer durch den Vorbehalt der Rückgabe eingeräumten Rücktrittrechtes noch keine Bedenken erheben, so wird dies doch der Fall, vergleicht man genauer die Gefahrtragung, wie sie durch das Rücktrittsrecht und andererseits durch den Verkehr beim Vorbehalt der Rückgabe geregelt wird.

Wenn man hier von Gefahr spricht, so muß betont werden,*) daß es sich um das periculum obligationis handelt. Scharf ist dies zu scheiden von dem periculum rei, der Gefahr der untergegangenen Sache selbst. Deren Gefahr trägt der Eigentümer.

Res perit domino oder casum sentit dominus.

Hier**) trägt der eine Teil die Gefahr nur in dem Sinne, daß er für seine Leistungen nichts bekommt und dies sogar nach vollständiger beiderseitiger Erfüllung des ursprünglichen Vertrages.

So denke man den Fall, daß dem Käufer, der sich die Rückgabe vorbehalten hat, die gekaufte Sache nach der Uebergabe innerhalb der ihm zur Erklärung eingeräumten Zeit infolge eines Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, untergeht oder auch nur gestohlen wird oder sonstwie abhanden kommt. Hervorgehoben muß hierbei werden, daß dies ohne die Schuld des Käufers geschehen soll. Denn wenn

---

*) Crome: II, S. 170, Anm. 13.
**) Crome: I, S. 202, Anmerk. 9.

er den Untergang verschuldet hat, so ist, wie schon oben erwähnt, nach § 351 ff. der Rücktritt ausgeschlossen.

Ist die verkaufte Sache nach ihrer Uebergabe untergegangen, oder sonstwie abhanden gekommen, so daß nach erfolgtem Rücktritt der Verkäufer nichts mehr erhalten würde, so ist sich der Verkehr, wie es scheint, darüber einig, daß trotzdem der Käufer den Kaufpreis bezahlen oder juristisch ausgedrückt, daß trotz des eingeräumten Rücktrittsrechts der Käufer die Gefahr zu tragen hat, während sich das Gesetz in § 350 B.G.B. gerade für das Gegenteil entscheidet. Nach diesem Paragraphen *wird der Rücktritt nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Gegenstand, den der Berechtigte empfangen hat, durch Zufall untergegangen ist.*

Zufällig ist ein Ereignis, wenn es der Rücktrittsberechtigte nicht vertreten *hat.*) Er hätte dies indes nach § 276, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, zu vertreten, wenn er entweder vorsätzlich oder zum mindesten dadurch, daß er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen hätte, fahrlässig gehandelt hätte. Beides soll in unserem Falle nicht zutreffen. Die Sache soll dem Käufer *ohne seine Schuld* untergegangen sein.

Doch selbst, wenn sie ihm nur ohne seine Schuld gestohlen oder sonstwie abhanden gekommen wäre, was wohl

*) *Planck*: II, S. 197; *Staudinger*: II, S. 98; *Schollmeyer*: S. 260; *Crome*: II, S. 122, Ia.

häufiger als völliger Untergang der Sache vorkommen wird, würde er auch zurücktreten können. Dann läge zwar nicht wie im Falle des § 350 objektive Unmöglichkeit zur Rückgabe, sondern nur subjektives Unvermögen zur Rückleistung vor.

Doch steht beides nach den folgenden Ausführungen in einem solchen Falle gleich.

Soweit in der Literatur das Verhältnis zwischen objektiver Unmöglichkeit und subjektivem Unvermögen beim Rücktrittsrecht besprochen wird, wird fast immer nur der eine Fall des Unvermögens, die Veräußerung der Sache seitens der Rücktrittsberechtigten ins Auge gefaßt. Und doch erscheint mir gerade dieser Fall am wenigsten geeignet, da hierbei meist doch der Begriff des „Verschuldens" mitspricht und so verwirrend auf die Frage wirken kann, inwieweit das Unvermögen der Rücktrittsberechtigten zur Rückleistung auf sein Rücktrittsrecht einwirkt.

Erklärlich jedoch ist der Umstand daraus, daß auch das Gesetz diesen Fall des Unvermögens besonders betrachtet, indem es ihn durch den § 353 regelt.

§ 353 sagt:

„Hat der Berechtigte den empfangenen Gegenstand oder einen erheblichen Teil des Gegenstandes veräußert oder mit dem Rechte eines dritten belastet, so ist der Rücktritt ausgeschlossen, wenn bei demjenigen, welcher den Gegenstand in Folge der Verfügung erlangt hat, die Voraussetzungen des § 351 oder des § 352 eingetreten sind. Einer Verfügung des Berechtigten steht eine Ver-

fügung gleich, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt."

Einzelne Schriftsteller*) erklären diesen Paragraphen folgendermaßen:

Die Veräußerung oder Belastung des empfangenen Gegenstandes durch den Rücktrittsberechtigten nehme diesem sein Recht nicht schlechthin, da dadurch die Rückgewähr nicht objektiv unmöglich geworden sei. Sollte aber der Berechtigte subjektiv zu ihr unvermögend sein, so genüge dafür die Vorschrift des § 354, da das bloße Unvermögen als ein beim Rücktritt schon vorhandenes anfängliches vom Berechtigten zu vertreten sei, mithin den Verzug nicht ausschließe. Dieses könne wieder nicht Platz greifen, wenn die Sache bei dem dritten verschlechtert oder untergegangen sei, weil dadurch die Rückgabe unmöglich geworden, der Verzug ausgeschlossen sein würde. Andererseits gehöre der Dritte nicht zu den Personen, deren Verhalten der Berechtigte nach § 278, 351 zu vertreten haben würde. Zur Ausfüllung der so entstandenen Lücke diene der § 353.

Anders sucht Sternberg**) den § 353 zu erklären:

„Aus dieser Bestimmung gehe zunächst nur das eine hervor, daß die Veräußerung dem Rücktrittsrecht nicht unbedingt entgegenstehe. Diese Bestimmung sei jedoch ver-

*) Oertmann: S. 205; Planck: II, S. 132. — Siegel: in Jur. Woch. 06. S. 802.

**) Jur. Woch. 06. S. 623 ff.

schiedentlich dahin ausgelegt worden, daß bei Veräußerung des empfangenen Gegenstandes, sofern nicht beim Erwerber die Voraussetzungen des § 351 eingetreten seien, der Rücktritt immer zulässig und ev. erst nach § 354 durch den Verzug des Schuldners mit der Rückgewähr des empfangenen Gegenstandes unwirksam werden solle. Diese Auslegung übersehe, daß die Veräußerung des empfangenen Gegenstandes nicht immer das Unvermögen des Schuldners zur Leistung zur Folge habe, so z. B. in dem Falle nicht, wenn der Erwerber verpflichtet sei, unter gewissen Umständen dem Veräußerer die Sache zurückzuveräußern. Unvermögen des Schuldners zur Leistung liege dann vor, wenn der Erwerber zur Rückveräußerung nicht verpflichtet und nicht bereit sei; insbesondere auch, wenn der Gegenstand im Wege der Zwangsvollstreckung in den Besitz derjenigen Person gelangt sei, der gegenüber der Rücktritt ausgeübt werden solle.

Nach § 351 schließe die Unmöglichkeit der Herausgabe, wenn sie vom Berechtigten verschuldet sei, den Rücktritt aus. Im § 353 sei die Haftung des Berechtigten ausgedehnt auf diejenigen Personen, an welche er den empfangenen Gegenstand veräußert habe, sofern durch deren Verschulden die Unmöglichkeit der Herausgabe veranlaßt sei. Natur dieser Voraussetzung sei dabei, - was auch in der Fassung des § 353 zum Ausdruck gekommen sei - daß die Unmöglichkeit der Herausgabe nicht schon mit der Veräußerung eingetreten sei. § 353 vergleiche nicht diese Regel des § 351, sondern wolle ihn nur in ge-

wissen Beziehungen ergänzen, und sei deshalb in seiner Anwendung auf diejenigen Fälle beschränkt, in denen trotz Veräußerung des empfangenen Gegenstandes der Berechtigte zur Herausgabe im Stande bleibe. Daraus ergebe sich, daß in denjenigen Fällen, in denen schon mit der Veräußerung die Unmöglichkeit der Herausgabe eingetreten sei, die Zulässigkeit des Rücktritts ausschließlich nach § 351 zu berücksichtigen sei."

Der Hauptunterschied der oben angeführten Schriftsteller und gerade der Punkt, der hier, wo das Verhältnis zwischen Unmöglichkeit und Unvermögen beim Rücktrittsrecht geprüft werden soll, am meisten interessiert, ist der, daß Oertmann und die anderen Vertreter der herrschenden Lehre auf dem Standpunkt stehen, unter „anderweitiger Unmöglichkeit" im Sinne des § 351 verstehe das Gesetz n u r objektive Unmöglichkeit, während Sternberg die Ansicht verteidigt, auch „Unvermögen" falle unter den Begriff der „anderweitigen Unmöglichkeit."

Erst wenn man diese prinzipielle Frage entschieden haben wird, wird man auch den § 353 erklären und zu den einzelnen Ansichten Stellung nehmen können.

Obwohl das Gesetz sonst mit peinlicher Genauigkeit die Unmöglichkeit der Leistung und das Unvermögen des Schuldners zur Leistung auseinanderhält,*) rechtfertigt sich m. E. die Annahme, „anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe im Sinne des § 351" umfasse auch das Unvermö-

*) Sternberg: Jur. Woch. 06. S. 623. Siegel eod. S. 802.

gen des Schuldners. Schon dadurch, daß in den betreffenden Bestimmungen die anderweitige oder die aus einem anderen Grunde eintretende Unmöglichkeit neben dem Untergange der Sache — der regelmäßigen, ja, ich möchte behaupten, fast der einzigen Ursache der objektiven Unmöglichkeit der Herausgabe erwähnt wird — scheint mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck gebracht zu sein, daß auch „Unvermögen" hierunter verstanden werden soll.

Ferner *) ist zu beachten, das die Haftung des Schuldners dem die Herausgabe eines bestimmten Gegenstandes unmöglich wird, sich infolge Verweisung nach § 989 regelt (vergl. § 347). Nach § 989 ist der Besitzer dem Eigentümer von dem Eintritt der Rechtshängigkeit an für den Schaden verantwortlich, der dadurch entsteht, daß infolge Verschuldens die Sache verschlechtert wird, untergeht oder aus einem anderen Grunde von ihm nicht herausgegeben werden kann. Dagegen verschlägt auch nichts, wenn Siegel **) die Verweisung des § 347 auf § 989 dadurch zu erklären sucht, daß eine nach § 347 eintretende Unmöglichkeit, selbst vor der Rücktrittserklärung immer eine nachträgliche Unmöglichkeit sei, da die Haftung schon seit Vertragsabschluß bestehe. Da durch die ausdrückliche Bestimmung des § 275 der nachträglichen Unmöglichkeit das nachträglich eintretende Unvermögen gleichsteht, so werde eben durch diesen Paragraphen die faktische Uebereinstimmung mit § 989 erzielt.

*) Sternberg: In Jur. Woch. 06, S. 623.
**) Jur. Woch. 06. S. 802.

M. A. nach kann hier trotzdem nur von anfänglicher Unmöglichkeit gesprochen werden, da das Schuldverhältnis, auf dem der Schadensersatzanspruch beruht, immer erst mit der Rücktrittserklärung, allerdings mit Wirkung ex tunc, entsteht.

Auch gibt es Fälle,*) in denen die Haftung dem Wortlaut des Gesetzes zum Trotz nicht vom Vertragsabschluß, sondern erst von der späteren Entstehung des Rücktrittsrechts an nach § 347 bestimmt werden muß, soll nicht der Buchstabe über den Geist triumphieren, z. B. falls das Rücktrittsrecht erst nachträglich entstanden ist, etwa wegen nachträglicher schuldhafter Unmöglichkeit der Erfüllung. Dies ist auch umsomehr statthaft, als die in Frage kommenden Fälle fast ausnahmslos zum gesetzlichen Rücktrittsrecht zählen, auf das § 347 nicht wörtliche, sondern nur entsprechende Anwendung findet.

Conze**) sucht die hier vertretene Ansicht über die Wirkung des Unvermögens auf das Rücktrittsrecht durch Analogie mit § 275 zu verteidigen. Wenn auch vor der Erklärung des Rücktrittsrechtes noch nicht von einem Schuldverhältnis und einer Verpflichtung zur Leistung die Rede sein könne, so solle der Rücktrittsberechtigte sein Rücktrittsrecht nur behalten, wenn er die Unmöglichkeit der ihm nach der Rücktrittserklärung obliegenden Leistung, nämlich die Herausgabe der Sache, nicht verschuldet habe. Es hänge also, wie nach § 275 für den Schuldner, so hier für den

*) Oertmann: a. a. O. S. 200.
**) S. 60 ff.

Rücktrittsberechtigten von der unverschuldeten Unmöglichkeit der Leistung eine besondere Vergünstigung ab, wenn auch für den Rücktrittsberechtigten noch keine Verpflichtung zur Leistung bestehe. Deshalb sei es geboten, das Unvermögen des Rücktrittsberechtigten zur Herausgabe der Sache unter analoger Anwendung des § 275 der objektiven Unmöglichkeit gleich zu setzen.

Die hier vertretene Ansicht wird auch allein dem Willen des Gesetzgebers gerecht. Beim Rücktrittsrecht trägt jeder Teil die Gefahr seiner Leistung, nicht die Gefahr des Empfangenen*).

Nach § 350 gilt dies auch für den Rücktrittsberechtigten. Mag diese Bestimmung auch eine Vorschrift von sehr bedenklichem Wert sein, wie weiter ausgeführt werden wird, jedenfalls muß sie anerkannt werden. Wenn die zurückgegebene Sache beim Rücktrittsberechtigten ohne seine Schuld, z. B. verbrennt, dann soll trotzdem der andere Teil die Gefahr tragen; wenn sie ihm aber etwa durch einen Diebstahl ohne seine Schuld abhanden kommt, dann soll man ihm die Gefahr aufbürden?

Läßt**) sich die Bestimmung des § 350 dadurch rechtfertigen, daß der Untergang der Sache dem Berechtigten in der Regel kein Aequivalent gebracht haben wird, so gilt dieselbe Rechtfertigung auch für das Rücktrittsrecht trotz schuldlosen Unvermögens des Berechtigten zur Rückgabe des Gegenstandes. Denn auch hier erhält der

*) Rehbein: II. S. 250.
**) Oertmann: Deutsche Jur.-Zeitung 05, S. 520.

Berechtigte kein Aequivalent, sondern höchstens z. B. den Anspruch gegen den Dieb; doch muß er selbstverständlich beim Rücktritt gemäß § 281 diesen an den Rücktrittsgegner abtreten, so daß letzterer für seine Leistung wenigstens etwas erhält.

Unter „anderweitige Unmöglichkeit" nach § 351 rechnen auch „Unvermögen", allerdings ohne Begründung Kisch*) und Schollmeyer.**)

Nachdem festgestellt ist, daß unter „anderweitige Unmöglichkeit" im Sinne des § 351 auch Unvermögen z. B. auch die Veräußerung der Sache fällt, ergibt § 353 eigentlich nur, daß im Falle der Veräußerung nicht schlechthin § 351 anwendbar ist.

Denn in der Veräußerung der zurückzugebenden Sache liegt nicht notwendig eine unwirtschaftliche Behandlung.***)

Möglicher Weise hat der Rücktrittsberechtigte, welcher einen Mangel an der Sache entdeckt hat, diese gerade deshalb veräußert, um noch den Versuch einer wirtschaftlichen Verwendung trotz des Fehlers zu machen. Sodann aber — und das ist das Entscheidende — bleibt oft noch die praktische Möglichkeit des Rückerwerbs.

So ist § 353†) nur eine konsequente Durchführung des Gedankens, daß der Rücktrittsberechtigte auch für das-

*) S. 141.
**) S. 261 Nr. 21.
***) vergl. darüber Oertmann: S. 202. Conze: S. 51.
†) Conze: S. 71.

Verschulden seiner Leute einzustehen hat, denn es könnte zweifelhaft sein, ob derjenige, welcher den Gegenstand infolge der Verfügung des Berechtigten erlangt hat, zu den Personen gerechnet werden kann, deren Verschulden der Berechtigte nach § 278 zu vertreten hat. Mit Recht*) hat sie der § 353 auch den Personen des § 278 gleich gestellt; denn von dem Gesichtspunkte aus betrachtet, daß der Rücktrittsberechtigte ja von ihnen die Sache zurückerwerben muß, wenn er überhaupt zurücktreten will, erscheinen diese Dritten nur als Gehilfen des Rücktrittsberechtigten bei Aufbewahrung der Sache.

Ist also der Rücktritt trotz Veräußerung der Sache seitens der Rücktrittsberechtigten in manchen Fällen noch möglich sowohl deshalb, weil dadurch die Rückgabe nicht unmöglich wurde, dann auch, weil nicht immer in der Veräußerung ein Verschulden des Rücktrittsberechtigten liegt, so beginnt m. A. nach auch in diesen Fällen sein Verschulden dann, wenn er nach vollzogenem Rücktritt die zurückzugebende Sache sich nicht wiederverschafft oder auch nicht verschaffen kann. Denn dann ist die Möglichkeit des Rückerwerbs entfallen. Die Voraussetzung des § 353 ist also vernichtet und zwar infolge der Veräußerung. In der Veräußerung lag, wie sich jetzt zeigt, eine unwirtschaftliche Behandlung des zurückzugewährenden Gegenstandes

*) Conze: S. 71 im Gegensatz zu Schollmeyer (Schuldverhältnisse S. 20), der die Haftung nach § 353 willkürlich nennt. Denn den Rücktrittsberechtigten treffe das Verschulden des Erwerbers nicht nur, wenn er in Kenntnis des Fehlers veräußerte, sondern auch bei totaler Unkenntnis desselben.

und, wenn der Rücktrittsberechtigte trotzdem von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch macht, ein „Verschulden".*)

Infolge seines Verschuldens kommt er dann m. A. nach in Verzug und es treten dadurch die Folgen des § 354 ein. Denn wie Siegel**) richtig hervorhebt, setzen die auf den Rücktritt anwendbaren §§ 347, 351, 353 und 354 immer eine Schuld voraus. Und doch wird in der Literatur bei Erklärung des § 354 von einem Verschulden abgesehen.

Könne der Rücktrittsberechtigte infolge von Veräußerung den Gegenstand nicht herausgeben, so liege subjektives Unvermögen vor, das der Rücktrittsberechtigte, als vor dem die Rückgabepflicht begründeten Rücktritt entstanden, als anfängliches nach den allgemeinen Grundsätzen der § 306 ff. immer zu vertreten habe, selbst wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last falle.

Allerdings liegt in einem solchen Falle anfängliches Unvermögen zur Leistung vor, doch ist dieses nicht nach den §§ 306 ff. zu beurteilen. Denn***) in den §§ 306 ff. spricht das Gesetz nur von Unmöglichkeit bei Leistungen aus Verträgen. Es geht†) von der Anschauung aus, daß eine Leistung ex lege nicht auf etwas Unmögliches gerichtet sein kann. Würden nun aber beim Rücktrittsrecht die Be-

---

*) vgl. Oertmann: S. 206, Conze: S. 75 ff.; — Sternberg: in Jur. Woch. 06. S. 624.

**) in Jur. Woch. 06. S. 802.

***) Siegel: In Jur. Woch. 06. S. 802.

†) Planck: II, S. 47.

stimmungen der §§ 350 ff. fehlen, dann könnte der Fall eintreten, daß eine obligatio ex lege auf etwas von vornherein Unmögliches gerichtet wäre. Die §§ 350 ff. sind also als notwendige, ergänzende Regelung einer speziellen obligatio ex lege gedacht und zwar als Korrelat zu §§ 306 ff., welche die obligatio ex contractu betreffen. Wenn hier also auch ein anfängliches Unvermögen vorliegt, so hat dies der Rücktrittsberechtigte nur zu vertreten, wenn ihn ein Verschulden trifft und kommt nur dann gemäß § 285 in Verzug, denn, wie schon oben ausgeführt, hat der Rücktrittsberechtigte weder schuldlose anfängliche Unmöglichkeit, noch schuldloses anfängliches Unvermögen zu vertreten. (§ 350 u. argumentum ex contrario aus § 351). Beim Rücktrittsrecht ist also im § 351 unter „anderweitiger Unmöglichkeit" auch Unvermögen zu verstehen. In einem Falle des Unvermögens, nämlich bei der Veräußerung des Gegenstandes seitens der Rücktrittsberechtigten muß unterschieden werden, ob die Möglichkeit der Rückgabe schon durch die Veräußerung entfallen, oder die Rückgewähr praktisch noch möglich ist. Ersterenfalls ist der Rücktritt von vornherein nach § 351 ausgeschlossen, letzterenfalls findet § 353 Anwendung. Kann der Rücktrittsberechtigte jedoch nach erklärtem Rücktritt den veräußerten Gegenstand nicht zurückgewähren, so trifft ihn jetzt stets ein Verschulden. Er kommt demnach infolge seines Verschuldens in Verzug, infolge dessen ist jetzt § 354 anwendbar.

Der Rücktrittsberechtigte kann also trotz schuldloser Unmöglichkeit oder Unvermögens zur Rückleistung

des Gegenstandes von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch machen, eine Gesetzesbestimmung, die manchmal unbillig*) wirken muß.

So sagt Dernburg**) „Für § 350 war die römische actio redhibitoria des Käufers wegen verborgener Mängel der Kaufsache vorbildlich. Denn diese Klage auf Wandlung erlosch nicht, wenn die vom Verkäufer gelieferte mangelhafte Sache zufällig beim Käufer unterging. Dies hatte für die actio redhibitoria guten Grund, da dem Verkäufer, welcher Fehlerhaftes lieferte, der sich anknüpfende Schaden eher zur Last zu legen ist, als dem Käufer. Was für diesen Fall nicht unbillig war, verallgemeinerte man bei Abfassung des B.G.B. Indes wird es nicht immer gleich gut passen. Der Verkäufer z. B., welcher sich das Risiko des Entschlußwechsels des Käufers gefallen läßt, wird damit kaum beabsichtigen, die Gefahr des Unterganges trotz deren Uebergabe für die Dauer der Rücktrittsfrist auf sich zu nehmen. Zwar ist die Vorschrift nur eine dispositive. Aber selten werden die Beteiligten den Fall des zufälligen Unterganges besonders in das Auge fassen."

*) vgl. Crome: II, S. 203. Anm.: 9: „Es läßt sich über die Billigkeit des § 350 streiten. Wer ein vertragsmäßiges Rücktrittsrecht bewilligt, wird gut tun, ihn vertraglich auszuschließen." Rehbein: II, S. 250 hält § 350 für eine Vorschrift von sehr bedenklichem Wert. — Endemann: I, S. 853. Anm.: 37. „Diese übermäßige Begünstigung stehe nicht im Einklang mit der Verkehrsauffassung."

**) Lehrbuch des bürgerlichen Rechts II, Teil 1, S. 270.

Sehr scharf spricht sich Kretschmar*) aus. Eine solche Bestimmung entspräche der Billigkeit und den Anschauungen des Verkehrs in keiner Weise. Es würde doch jedem Rechtsgefühl widerstreiten, wenn der Käufer durch Erklärung des Rücktritts den anderen Teil zwingen könnte, den Kaufpreis zurückzuzahlen, obwohl er die Sache nicht zurückerhalten kann. Die Grundsätze des § 350 seien als verfehlt anzusehen. Gerade ihr direktes Gegenteil sei allein mit Treu und Glauben vereinbar.

Nach Laband**) widerspricht es dem Rechts- und Billigkeitsgefühl, daß das Rücktrittsrecht auch dann ausgeübt werden dürfe, wenn der Berechtigte außer Stande ist, den empfangenen Gegenstand zurückzugeben. Die Vorschrift stehe in unlösbarem Widerspruch mit den Grundsätzen über die Tragung der Gefahr. Am ausführlichsten läßt sich Strohal***) aus. „Die Bestimmung ist für die Fälle des vertragsmäßigen Rücktrittsrechts jedenfalls verfehlt. Die einfachsten Beispiele des Lebens beweisen dies. Jemand gibt eine große Gesellschaft und wendet sich wegen des erforderlichen Weines an einen Weinhändler. Wieviel Flaschen der Besteller brauchen wird, weiß er nicht genau. Schließlich wird man darüber einig, daß der Weinhändler 200 Flaschen zu liefern habe, der Empfänger aber nicht zu behalten brauche, was sich davon als überflüssig herausstellen sollte. Es ist dem letzteren also die Mögli-

*) vgl. Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 62, S. 128.
**) Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 74, S. 48.
***) Iherings Jahrbücher. Bd. 33, S. 371 ff.

keit des teilweisen Rücktritts vom Vertrage zugestanden. Nun erweisen sich 50 Flaschen in der Tat als überflüssig; allein sie können dem Verkäufer nicht mehr unversehrt zurückgegeben werden, weil sie, ohne daß dabei den Käufer nur das geringste Verschulden trifft, zerschlagen oder gestohlen worden sind. In Ermangelung eines besonderen Rechtssatzes würde es als völlig fraglos betrachtet werden müssen, daß der Empfänger bei solcher Sachlage von seinem Rücktrittsrechte keinen Gebrauch machen könne. Das Gesetz entscheidet anders und läßt die wirksame Ausübung des Rücktrittsrechts im Gegensatz zu dem allgemeinen Rechtsbewußtsein trotzdem zu. Falsch wäre es freilich wieder, wenn man aus dem oben angeführten Beispiel den Schluß ziehen wollte, daß in allen Fällen des bedungenen Rücktrittsrechts der Berechtigte schlechtweg die Gefahr jedes wie immer gearteten Zufalls zu tragen habe, von welchem die empfangene Ware betroffen wird.

Das Gegenteil scheint sich aus folgendem Falle zu ergeben. Jemand kauft eine Fabrik, die er sich auch übergeben läßt, mit dem Vorbehalt des ihm innerhalb eines Jahres zustehenden Rücktritts vom Vertrage. Während dieser Zeit wird infolge eines in der betreffenden Stadt ausgebrochenen Brandes auch die Fabrik vom Feuer verzehrt. Hier kann wieder, in Ermangelung einer besonderen Vereinbarung, als sicher gelten, daß die Ausübung des Rücktrittsrechtes durch den Eintritt dieses Zufalls, der den Verkäufer auch betroffen haben würde, dafern der Verkauf nicht erfolgt wäre, nicht beeinträchtigt werden darf."

Wenn auch Kretschmar, Laband und Strohal bei ihren Ausführungen sich nur gegen den § 429 des Entwurfs wandten und nur de lege ferenda sprachen, so gelten ihre Worte trotzdem in gleicher Weise für den § 350 B.G.B. Denn dieser Paragraph ist in seiner vorliegenden Form unverändert dem Entwurf entnommen.

Kein Wunder, daß bei eventuell so unbilligen Konsequenzen die Motive*) noch ausdrücklich hervorheben, daß die Parteien die Anwendung des § 350 durch entgegenstehende Erklärung ausschließen, insbesondere verabreden könnten, daß der Rücktritt durch die Rückgewähr des betreffenden Gegenstandes in unversehrtem Zustande bedingt sein sollte. Dies brauche im Gesetz nicht ausdrücklich gesagt zu werden.

Wenn diese Bestimmung auch nicht ausdrücklich ausgeschlossen werden muß, sondern man auch aus den Umständen des Falles nach allgemeinen Grundsätzen eine abweichende stillschweigende Vereinbarung entnehmen kann**), so würde es doch zu weit gehen, sollte man annehmen, die Parteien hätten ihn beim Abschluß des Kaufes ausgeschlossen wissen wollen.

Der Verkäufer, der sich eventuell auf eine solche Nebenabrede stützen wollte, müßte dann den Beweis führen***) und würde schon insofern ungünstig gestellt sein.

*) Bd. II S. 282.

**) Planck: II, S. 197.

***) Nach der alten Beweisregel: ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat.

Jedenfalls wird man also sagen müssen, haben die Parteien dem Käufer ein Rücktrittsrecht eingeräumt, so kann er nach § 350 auch jetzt noch, nachdem ihm die Sache ohne seine Schuld untergegangen oder gestohlen ist, den Rücktritt erklären, es sei denn, daß der Verkäufer den sicherlich schwierigen Beweis erbringt, § 350 wäre von den Parteien ausgeschlossen, es sei vielmehr verabredet, nur gegen Rückgabe des betreffenden Gegenstandes solle der Rücktritt gestattet sein.

Würde also im Vorbehalt der Rückgabe ein dem Käufer eingeräumtes Rücktrittsrecht liegen, so könnte sich die Konsequenz ergeben, daß der Käufer, ohne die Sache selbst zurückzugeben, den Kaufpreis nicht zu zahlen braucht, oder den bereits geleisteten zurückerhält.

Dies ist auch ganz folgerichtig, denn*) der Rücktritt im Sinne des Gesetzes zielt darauf ab, auch die Folgen, welche das Geschäft in der Vergangenheit hatte, nicht minder zu beseitigen, wie die, welche es in der Zukunft haben könnte. Die Absichten der Parteien gehen aber oft weniger weit, selbst wenn sie vom „Rücktritt" reden. Sie wollen sogenannte Beseitigung ex nunc, nicht ex tunc.

Nach den obigen, besonders nach Dernburgs und Strohals Darlegungen**) wird man wohl kaum an-

*) Dernburg: Bürgerl. Recht: II S. 266.

**) vergl. besonders Dernburgs und Strohals (in Jherings Jahrb Bd. 33 S. 312 ff.) Ausführungen, die den Widerspruch zwischen der Gesetzesbestimmung und dem Rechtsgefühl in allen Fällen, wo den Verkäufer nicht auch der Zufall betroffen hätte also auch hier offenkundig klar legen.

nehmen können, im Vorbehalt der Rückgabe beim Kauf liege ein dem Käufer eingeräumtes Rücktrittsrecht.

§ 5.
Kauf auf Probe.

Doch auch die andere in der Literatur vertretene Ansicht, durch den Vorbehalt der Rückgabe werde der Kauf zu einem Kauf auf Probe, muß juristisch Bedenken erregen.

Wohl könnte die Absicht der Parteien dahin gehen, daß der Käufer die Sache sollte zurückgeben können, wenn er es wollte. Die Bedingung könnte also in der im freien Belieben des Käufers stehenden Billigung bestehen, während die Rückgabe als notwendige Folge der Nichtbilligung aufgefaßt und deshalb nicht in die Bedingung gesetzt würde.

Ob eine solche Bedingung allgemein zulässig ist, wird bestritten.

Für das gemeine Recht wurden die verschiedensten Versuche gemacht, um den Widerspruch zwischen der rechtsungiltigen Bedingung si volam (vgl. z. B. l 8 D. 44, 7; l 46 § 3 D. 45, 1; pr. D. 18, 1) und dem in l 4. I. 3,23 geregelten Kauf auf Probe zu lösen.

So sagt Savigny: III S. 131, Regelsberger: S. 50, Anm. f und mit selbständiger Begründung Bechmann: II, S, 213 ff., Kauf ad gustum sei eine Singularität. Caro: § 25 ff. Koeppen: In Iherings Jahrbüchern Bd. XI S. 337 und Becker: S. 216 hielten den Kauf auf Probe nur für eine Vertrags-

offerte, Goldschmidt: In seiner Zeitschrift Bd. I S. 275, v. Hahn: S. 188 und Thoel: I, S. 843 für einen einseitig bindenden Vorvertrag. Nach Windscheid: I, S. 483, Anm. 1, Arendts: S. 486, Anm. 4, in Glücks Pandekten Bd. 46, S. 352, Anm. 72, Wendt: II, S. 75 und Puntschart: S. 187 ist er ein negotium claudicans. Manche, z. B. Unger: in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. III, S. 411 ff, der jedoch seine Ansicht in Iherings Jahrb. Bd. XXV, S. 323 aufgab, Scheurl: S. 93, Brinz: fassen hierbei die Bedingung als die Tatsache, daß die Ware dem Käufer wirklich gefalle, auf. Er müsse nach boni viri arbitrium entscheiden. Fitting: in Goldschmidt's Zeitschrift für Handelsrecht Bd. V, S. 79 ff., meint, es sei nur unzulässig, ausdrücklich die Bedingung in den Willen eines Teils zu setzen, da es hier placero, nicht velle heiße.

Für das B.G.B. gibt es keine Bestimmung über die reine Wollensbedingung, da § 79 wie § 137 des Entwurfs 1 gestrichen wurde. (vgl. Protokolle: II, Band 1, S. 75 und 185).

Auf dem Boden der gemeinrechtlichen Lehre stehen u. a. noch Crome: I, S. 436, Endemann: I, S. 379, Oertmann: S. 421, Windscheid-Kipp: S. 485. Als Bedingung halten nur die Erklärung des reinen Wollens für zulässig u. a. Leonhard: in Iherings Jahrb. Bd. 39, S. 174 ff., Tuerinqer-Hachenburg: II, S. 29 und Planck: I, S. 276. Daß nach B.G.B. reine Wollensbedingung des einen Teils all-

gemein zulässig sei, sagen z. B. Dernburg: Bürgerl. Recht I, S. 507, Hoelder: S. 345, Muskat: In Gruchots Beiträgen. Bd. 49, S. 472 ff., Krug: S. 184.

Jedenfalls erkennt das B.G.B. den unter einer solchen Bedingung geschlossenen Kauf auf Probe in den §§ 495, 496 an.

§ 495 sagt:

„Bei einem Kauf auf Probe oder auf Besicht steht die Billigung des gekauften Gegenstandes im Belieben des Käufers. Der Kauf ist im Zweifel unter der aufschiebenden Bedingung der Billigung geschlossen.

Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer die Untersuchung des Gegenstandes zu gestatten."

§ 496 sagt:

„Die Billigung eines auf Besicht gekauften Gegenstandes kann nur innerhalb der vereinbarten Frist und in Ermangelung einer solchen nur bis zum Ablauf einer dem Käufer von dem Verkäufer bestimmten angemessenen Frist erklärt werden. War die Sache dem Käufer zum Zwecke der Probe oder der Besichtigung übergeben, so gilt sein Schweigen als Billigung."

Nach § 495 ist aber der Kauf auf Probe nur im Zweifel aufschiebend bedingt. Er kann demnach auch unter einer auflösenden Bedingung geschlossen sein.*) Allerdings hat, wer aufschiebend bedingten Kauf auf Probe

*) vgl. Crome: II, S. 486. Note 5: „Im Leben keineswegs gewöhnlich."

behauptet, die Vermutung für sich. Daß die Mißbilligung auflösend wirke, kann ausdrücklich vereinbart oder aus konkludenten Handlungen der Parteien entnommen werden. So sehen manche*) in der sofortigen Zahlung des Kaufpreises ein Merkmal dafür, doch sei dies auch noch kein untrügliches Zeichen. Jedenfalls muß derjenige, der einen auflösend bedingten Kauf behauptet, falls seine Behauptung bestritten wird, dies beweisen**) ***).

Schon aus dem Thema selbst bieten sich Zweifel gegen Annahme eines Kaufs auf Probe. Denn das Wesentliche beim Kauf auf Probe ist, daß die Bedingung die im freien Belieben des Käufers stehende Billigung ist. Betrachtet man jedoch, wie es hier geschehen soll, den Vorbehalt der Rückgabe von einem allgemeinen, umfassenden Gesichtspunkte aus, so bildet der Kauf auf Probe nur einen Einzelfall. Denn der Vorbehalt der Rückgabe kann, nach dem Willen der Parteien im einzelnen Falle, auch so

*) Lehmann-Ring: II, S. 192; Dernburg: Bürgerliches Recht. II, Teil 2, S. 102; Staub II, S. 1398.

**) Endemann: I, S. 1010, Anm. 6; Lehmann-Ring: II, S. 192, Nr. 14; Staub: II, S. 1397; Dernburg: Bürgerl. Recht II, Teil 2, S. 103; Rosenberg: Im Archiv f. bürgerl. Recht. Bd. 94, S. 117; Dueringer-Hachenburg III, S. 189; Kuhlenbeck: Komm. z. B.G.B. I, S. 348; R. O. H. G., Bd. VII, S. 38.

***) Wie die Beweislast sich regelt, falls der klagende Verkäufer unbedingten Kauf ohne jeden Vorbehalt behauptet, gehört wohl nicht in den Rahmen unserer Arbeit. Man käme dann in den Streit der Leugnungs- und Einwendungstheoretiker und würde nach der Ansicht der ersteren dem Kläger, der letzteren dem Beklagten den Beweis auflegen.

aufgefaßt werden, daß nur unter bestimmten anderen Voraussetzungen, als wenn die Sache dem Käufer nicht gefällt, z. B. wenn die gekaufte Sache zu anderen Sachen nicht paßt usw., der Vorbehalt wirksam werden soll.

§ 6.

Nähere Prüfung mit Bezug auf die Gefahrtragung.

Doch selbst setzt man sich über diese Bedenken hinweg, so ergibt ein näheres Eingehen auf die Regelung der Gefahrtragung beim Kauf auf Probe dieselben Zweifel wie beim Rücktrittsrecht.

a) Da der „Kauf auf Probe" im Zweifel aufschiebend bedingt ist, hängen seine rechtlichen Wirkungen von der Bedingung ab und treten erst dann ein, wenn sie erfüllt ist. Während des Schwebezustandes trägt der Verkäufer die Gefahr des zufälligen Unterganges*) und der zufälligen Verschlechterung. Doch ist mit Crome S. 213, Anm. 4, anzunehmen, daß unter „Verschlechterungen, deren Gefahr der Verkäufer so lange zu tragen hat, nicht „jede Verminderung einer vorteilhaften Eigenschaft zu verstehen ist, sondern nur eine „wirtschaftlich für das Kaufgeschäft besonders fühlbare" Beeinträchtigung, z. B. nicht das Beschädigen eines einzelnen Baumes im Obstgarten durch Sturm.

*) Ihm steht das nachträgliche Unvermögen zur Leistung gleich; vgl. S. 38 ff. und auch Crome: II, S. 415: „Untergang der Kaufsache nicht bloß physische Vernichtung, sondern im wirtschaftlichen Sinne."

Die Uebergabe ist hier nämlich lediglich zum Zwecke der Probe oder der Besichtigung erfolgt und bezweckt nicht die Uebertragung des Eigentums,*) die ihrerseits im § 446 verlangt wird.**) Auch die andere Voraussetzung dieses Paragraphen, der beim Kaufe im allgemeinen den Gefahrübergang behandelt, daß die Sache verkauft sei, ist hier nicht gegeben. Denn da das endgültige Zustandekommen des Kaufes erst mit dem Eintritt der aufschiebenden Bedingung erfolgt, so ist der Kaufvertrag noch nicht vollendet, die Sache also noch nicht verkauft***) †)

Erklärt nun der Käufer, er billige den Kauf nicht, so ist die Bedingung ausgefallen, die von der Bedingung abhängige rechtliche Wirkung also nicht entstanden. Da nunmehr ein Umsatz von Waren gegen Geld nicht stattgefunden hat, so kann er den etwa schon bezahlten Kaufpreis nach den Grundsätzen über ungerechtfertigte Bereicherung zurück-

*) Vgl. Cosack: I, S. 464 3; Staub: II S. 1398, Anm. 19; Endemann: I, S. 1011, Anm. 8.

**) Planck: II, S. 349; Oertmann: S. 343; Staudinger: II, S. 190; Crome: II, S. 416. Ia.

***) Vgl. Endemann: I, S. 947 und Anm. 24; Muskat: In Gruchots Beiträgen Bd. 48, S. 212; Neumann: I, S. 84, 3a: „Das aufschiebend bedingte Geschäft ist nicht das unbedingte Geschäft plus Bedingung, sondern ein aliud im Verhältnis zum unbedingten Geschäft.“ S. 215: „Uebergabe auf Grund eines aufschiebend bedingten Kaufes (§ 495) ist nicht Uebergabe einer verkauften Sache.“

†) Im Ergebnis ebenso Motive: II, S. 334; Dernburg: Bürgerl. R. II, T. 2, S. 103, V.; Staub: II, S. 1400, Anm. 24; Lehmann-Ring: II, S. 192, Nr. 14; Mathiaß: I, S. 462;

fordern resp. braucht er den noch ausstehenden Kaufpreis nicht zu bezahlen.*)

Tritt dagegen die Bedingung ein, mag er nun ausdrücklich erklären, er billige den Kauf, oder mag er innerhalb der bestimmten Frist geschwiegen haben (§ 496 Satz 2), so muß man grundsätzlich sagen**) „da bei der aufschiebenden Bedingung die Wirkung des Kaufvertrages erst mit dem Eintritt der Bedingung eintritt, sokommt es darauf an, ob in dieſem Zeitpunkt der Verkäufer seine vertragsmäßige Verpflichtung erfüllen kann. Ist ihm die Erfüllung infolge zufälligen Unterganges unmöglich geworden, so liegt die Voraussetzung des § 323 vor. Denn die ihm aus dem gegenseitigen Vertrage (dem Kauf) obliegende Leistung ist ihm infolge eines Umstandes, den weder er noch der andere Teil zu vertreten hat, unmöglich gewor-

Endemann: I, S. 1012; Neumann: I, S. 215; Rudorff-Schaefer: S. 83; Oertmann: S. 345 Nr. 6; a. M. Scherer: II, S. 599: „Wer die Sache hat, trägt die Gefahr."

*) Dueringer-Hachenburg: III, S. 60; Titze: S. 258; Cosack: I, S. 419.

**) Planck: II, S. 350 c. Die Motive II, S. 324 überlassen die Lösung dieser Frage der Wissenschaft und Praxis. Mit Planck, Oertmann: S. 345 5b; Neumann: I, S. 215; Staudinger: II, S. 190; Staub: II, Exkurs zu § 382, Anm. 24; Lehmann. Ring: II, S. 192, Anm. 14; Endemann: I, S. 916; Dernburg: Bürgerliches Recht I, Teil 2, Seite 31; Crome II, S. 420 (doch nur bei Untergang, bei bloßer Verschlechterung ließe sich das nicht sagen); Tietze: S. 258; Emerich: S. 44; Kisch: S. 67; Windscheid-Kipp: § 390, 6; Cosack: I, S. 419 und Mathias I, S. 459 lassen ebenfalls den Verkäufer die Gefahr

den. Er verliert demnach den Anspruch auf die Gegenleistung, d. h. den Kaufpreis. Dies gilt trotz § 446, 1 auch dann, wenn die Sache dem Käufer vor Eintritt der Bedingung übergeben war. Denn erst mit dem Eintritt der Bedingung geht die Gefahr über."

Nur Düringer-Hachenburg*) behaupten, daß bei dem Kauf auf Probe, sofern er der gesetzlichen Regelung entspräche, hinsichtlich des Gefahrüberganges gleichfalls die Uebergabe der Sache maßgebend sei. Denn durch die Uebergabe würde — wenn auch nur bedingt — eine der Hauptverbindlichkeiten des Verkäufers erfüllt. Die Beteiligten wollten, wenigstens bedingt, daß die Wirkungen dieser Erfüllung einträten, und durch die Uebergabe erhielte auch hier der Käufer die Möglichkeit der Ueberwachung. Trete die Bedingung ein — z. B. die für den Fall und unter der Bedingung des Zustandekommens einer Festlichkeit bestellten und dem Käufer gelieferten Waren gingen durch Zufall zu Grunde, die Festlichkeit finde in der Folge statt , so müsse der Käufer den Kaufpreis zahlen.

Die Ansicht der herrschenden Lehre wird durch den Gesetztext unterstützt. Uebergabe zum Zwecke der Probe

---

bis zum Eintritt der Bedingung tragen; doch könne kraft der Parteibestimmung der aufschiebenden Bedingung rückwirkende Kraft beigelegt werden (§ 159). Dies ist selbstverständlich möglich. — (Planck: II, S. 350 c und Endemann I, S. 916 e erwähnen es noch besonders). Infolgedessen stehen sie auch auf dem Standpukt der herrschenden Lehre.

*) a. a. O. III, S. 60.

oder der Besichtigung) und verdient schon durch ihre größere Einfachheit in der Konstruktion den Vorzug.

b) Erklärt bei dem auflösend bedingten Kauf auf Probe der Käufer in der bestimmten Zeit nicht seine Mißbilligung, so fällt die Bedingung aus. Der an und für sich von Anfang an wirksame Kaufvertrag bleibt bestehen. Da bei der auflösenden Bedingung die beiderseitigen Verpflichtungen sofort mit dem Abschlusse des Kaufes, ebenso wie beim unbedingten Kaufe entstehen, so findet hier hinsichtlich des Gefahrüberganges § 446 Anwendung. Denn hier ist die Sache schon verkauft. Also hat der Käufer die Gefahr zu tragen und ist auch, wenn durch Fortfall der auflösenden Bedingung der Kauf unbedingt wird, zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet.*)

Erklärt er aber während der zulässigen Frist seine Mißbilligung, so tritt die auflösende Bedingung ein, und es endigen nach § 158,2 die Wirkungen des Rechtsgeschäfts. Daß er trotz Untergangs, Verschlechterung usw. der Kaufsache die Billigung verweigern darf, ergibt sich eben aus dem Wesen des Kaufs auf Probe.**) Denn hier lautet die Bedingung nur, wenn der Käufer will, während die Verpflichtung zur Rückgabe und die Gefahrübertragung nur eine Folgeerscheinung des bedingten Kaufes sind.

Da also mit dem Eintritt der Bedingung die Wirkungen des Kaufvertrages endigen, „so kann nach Planck***)

*) Cosack: I, S. 419, 9b; Titze: S. 259.
**) Crome: II, S. 486, Note 6.
***) a. a. O. II, S. 350 c.

der Verkäufer jedenfalls, wenn der Kaufpreis noch nicht gezahlt ist, ihn jetzt nicht mehr verlangen. Inwieweit er den gezahlten Kaufpreis zu erstatten hat, obwohl der Käufer wegen des zufälligen Unterganges usw. die Sache garnicht mehr zurückgeben kann, hängt davon ab, ob die durch den Eintritt der auflösenden Bedingung entstehenden Verpflichtungen auf dem Kaufvertrage oder auf der ungerechtfertigten Bereicherung beruhen. Ist ersteres anzunehmen, so wird der Käufer des Anspruchs auf Rückerstattung des Kaufpreises gemäß § 323 ganz oder teilweise verlustig. Andernfalls, und diese Auffassung dürfte den Vorzug verdienen (falls nicht § 159 zu einem anderen Ergebnis führt), hat der Verkäufer nach § 820 den ganzen Kaufpreis zu erstatten*).

Endemann**) dagegen meint: „Gehe die Sache nach Uebergabe durch Zufall unter, so habe stets der Käufer die Gefahr zu tragen und müsse den Preis bezahlen. Denn das sei der Sinn der Gefahrtragung. Dabei bleibe es auch, wenn später die auflösende Bedingung eintrete, es sei denn, daß nach § 159 andere Abreden getroffen seien." Plancks Ansicht scheint ihm wenig begründet.***) Erscheint auch diese letztere Ansicht billiger, da doch mit der Uebergabe der Sache das Eigentum übergegangen ist, so wird man

*) Oertmann: S. 346; Cosack: I, S. 419; 9a; Kisch: S. 674; Tietze: S. 259 (es ist sicher so); Hartzem: S. 21.

**) a. a. O. I S. 917 Anm. 10.

***) Oertmann: 1. Aufl. S. 169; Crome: II S. 420; Staudinger: zu § 446, I, 2a im Ergebnis ebenso Düringer-Hachenburg III S. 60.

doch Planck den Vorzug geben müssen. „Denn wenn die auflösende Bedingung eintritt, so stellt es sich eben heraus, daß der Käufer nicht die Gefahr zu tragen hat. Da durch den Eintritt der auflösenden Bedingung das Kaufgeschäft ipso jure erlischt, so kann man eben eine actio emti nicht anstellen.*) Sehr richtig bemerkt auch Maase:**) „Gegen die Auffassung der Gegner Plancks spreche auch der Umstand, daß nach ihnen die Frage der Gefahrtragung verschieden beantwortet werden müßte, je nach dem der Käufer seine Verpflichtung schon erfüllt habe oder nicht. Im Moment des Eintritts der Bedingung verliere der Verkäufer das Recht auf den Kaufpreis. Habe der Käufer noch nicht gezahlt, so könne er das Kaufgeld jetzt nicht mehr verlangen, der Käufer behalte den vollen Preis, auch wenn er die Sache nicht oder verschlechtert zurückgebe. Hätte er dagegen seiner Verbindlichkeit genügt, so würde er, wenn die gegnerische Ansicht die richtige wäre, da er selbst seiner Rückgabepflicht nicht voll genügen könne, den Anspruch auf Rückzahlung des Geldes ganz oder teilweise verlieren. Es wäre somit eine Prämie auf die Nachlässigkeit des Käufers gesetzt. Eine solche Unterscheidung könne unmöglich in der Absicht des Gesetzes liegen." Durchschlagender noch und das wichtigste Argument für die Auffassung Plancks ist m. E. die Analogie mit dem Rücktrittsrecht.***) Wird selbst

*) Tietze: S. 259.
**) a. a. O. S. 46.
***) vergl. Kisch: S. 67 Nr. 30; Hartzem: S. 21; Maase: S. 47 ff.

dieses durch Untergang der vom Rücktrittsberechtigten empfangenen Sache nach § 350 nicht ausgeschlossen, so kann es bei der den Geschäftsbestand stärker beeinflussenden auflösenden Bedingung wohl nicht anders sein. Der Kaufpreis ist also, da eben der Kauf nicht mehr existiert, nach dem Gesichtspunkt der sogenannten condictio ob causam finitam zurückzugewähren.

Liegt also im Vorbehalt der Rückgabe Kauf auf Probe, so würde der Käufer, falls nach der Uebergabe der Sache diese bei ihm ohne seine Schuld untergegangen, oder ihm sonstwie abhanden gekommen wäre, in der Regel trotzdem nicht den Kaufpreis bezahlen brauchen. Eine Ausnahme würde der nur selten eintretende Fall bilden, daß Käufer bei auflösend bedingten Kauf auf Probe trotz Unterganges oder sonstiger Verschlechterung der zu kaufenden Sache seine Mißbilligung nicht erklärte.

Ebenso wie beim Rücktrittsrecht wäre also auch hier der Verkäufer sehr schlecht gestellt; er müßte immer gewärtig sein, während ihm die Disposition über die Sache entzogen ist, eventuell noch den Kaufpreis zu verlieren. Ebenso wie beim Rücktrittsrecht spricht also auch hier besonders die Regelung der Gefahrtragung gegen die Annahme eines Kaufs auf Probe, der im Vorbehalt der Rückgabe beim Kauf liegen könnte.

§ 7.

Ansicht des Verfassers.

Sieht man also, wie es die bisherige Literatur tut, im Vorbehalt der Rückgabe beim Kauf ein dem Käufer einge-

räumtes Rücktrittsrecht, oder einen Kauf auf Probe, so wird man kaum dem Parteiwillen und Verkehrsinteresse gerecht. Man legt dann zu wenig Wert auf die tatsächliche Rückgabe der Sache, worauf es im Verkehr doch am meisten ankommt.

Daher ist zu versuchen, ob nicht eine Auslegung der Parteierklärung, die sich lediglich an deren Wortlaut hält, noch zu einem befriedigenderen Ergebnisse führt. Aus ihm folgt allein, daß die Parteien auf die Rückgabe Wert gelegt, dieses ungewisse Ereignis also für den bedingenden Umstand angesehen haben.

Daß eine Bedingung heißen kann — wenn die verkaufte Sache zurückgegeben wird — ist zweifellos, denn nach der übereinstimmenden Ansicht in der Literatur*) (das Gesetz definiert selbst die Bedingung nicht), sind Bedingungen die von den Geschäftsparteien einem Geschäft zugefügten beschränkenden Zusätze, welche dessen Rechtswirkung von künftigen ungewissen Ereignissen abhängig machen.

Natürlich liegt es im Sinne der Parteien, die Sache müßte in dem Zustande zurückgegeben werden, in welchem sie der Käufer erhalten hat, oder in welchen sie nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge gekommen ist, so daß der Verkäufer bei verschuldeter oder auch unverschuldeter

*) vergl. Dernburg: Bürgerl Recht: I S. 501; Endemann: I S. 347; Cosack: I S. 203; Crome: I S. 434; Matthiaß: I, S. 231; Planck: I, S. 274; Staudinger I S. 381; Fischer-Henle: S. 90; Hoelder: S. 349.

Verschlechterung oder Umgestaltung der Sache seitens des Käufers geschützt ist. Tatsächlich liegt auch diese Regelung der Rückgabeklausel im Interesse des Verkehrs, da es im täglichen Leben wenig darauf ankommt, ob dem Käufer die Rückgabe der Sache durch seine oder ohne seine Schuld unmöglich wird. Immer haftet er dem Verkäufer, so lange er die Sache tatsächlich nicht zurückgibt.

Eine aufschiebende Bedingung, wenn die Sache zurückgegeben wird, ist logisch unmöglich. Durch Eintritt dieser Bedingung würde der Kaufvertrag erst perfekt werden. Man denke, dadurch, daß die Sache zurückgegeben wird, also gerade durch die Handlung, durch welche die Parteien den Käufer von den Verpflichtungen aus dem Kaufe entbinden wollen, soll der Kauf unbedingt werden! Vielleicht kann man die Bedingung, da sie so positiv ein Unding wäre, negativ dahin formulieren, der Kauf wird perfekt, wenn die Uebergabe nicht erfolgt. In diesem Falle wäre hinwiederum die Bedingung nicht sowohl die Tatsache der Rückgabe, als vielmehr das im Nichtzurückgeben liegende Belieben des Käufers. Damit würde man zu denselben Resultaten kommen, die oben beim Kauf auf Probe abzulehnen waren.

Haben die Parteien durch das Ereignis der Rückgabe den Kaufvertrag bedingt, so kann die Bedingung demnach nur eine auflösende sein. Von der Uebergabe der Sache an trägt der Käufer die Gefahr, hat aber den Vorteil, daß er später den Kauf aufheben darf; andererseits

ist der Verkäufer anders als in den Fällen der Vereinbarung eines Rücktrittsrechts oder beim Kauf auf Probe gesichert. Denn erst, wenn er die Sache zurück *erhält*, braucht er den Kaufpreis zurückzugeben und kann infolgedessen nicht geschädigt werden.

Zwar machen schon die Motive*) darauf aufmerksam, daß nach der mit der herrschenden Lehre des gemeinen Rechts in Einklang stehenden Auffassung des B.G.B. das Wesen der auflösenden Bedingung die *unmittelbare* Wiederaufhebung erheische. Von einer auflösenden Bedingung könne *nur* gesprochen werden, wenn die Absicht der Beteiligten dahin gehe, die rechtliche Wirkung einer Willenserklärung mit dem Eintritt eines bestimmten Ereignisses enden zu lassen, somit eventuell zeitlich zu begrenzen. Sei diese Absicht nicht vorhanden, sollte vielmehr nur ein persönlicher Anspruch auf Rückgängigmachung der Wirkung von der Bedingung abhängig sein, so sei das Rechtsgeschäft kein auflösend bedingtes, sondern ein unbedingtes Rechtsgeschäft, an welches ein aufschiebend bedingter *Nebenvertrag* sich anschließe, der ebensogut später hinzutreten könnte.

Ganz ähnlich macht auch Planck**) darauf aufmerksam, daß man bei Annahme einer auflösenden Bedingung wohl ihre Wirkung sich vergegenwärtigen müsse. „Streitig ist, ob das unter einer auflösenden Bedingung vorgenommene Rechtsgeschäft ein einheitliches Rechtsgeschäft ist,

*) *Haidlen*: I S. 188.
**) a. a. O. I S. 275.

kraft dessen die rechtliche Wirkung nur als eine zeitliche beschränkte eintritt, oder ob in Wirklichkeit zwei Rechtsgeschäfte vorliegen, durch deren eines die rechtliche Wirkung unbedingt eintritt, während sie durch das zweite unter einer aufschiebenden Bedingung wieder rückgängig gemacht wird. Der Streit ist indessen ohne wesentliche praktische Bedeutung, wenn man bei der letzteren Auffassung, wie dies von den meisten geschieht, anerkennt, daß die beiden Rechtsgeschäfte untrennbar verbunden sind. Mit dem Eintritte der auflösenden Bedingung entsteht *nicht* eine Verpflichtung, die eingetretene rechtliche Wirkung wieder aufzuheben, sondern diese Aufhebung erfolgt von *selbst*, und zwar in der Art, daß der frühere Rechtszustand wieder eintritt. Wer also z. B. unter einer auflösenden Bedingung Eigentümer geworden ist, hört nicht nur auf, Eigentümer zu sein, sondern das Eigentum des früheren Eigentümers tritt wieder ein; auch hier tritt keine Rückwirkung ein. Es bleibt dabei, daß derjenige, dem das Eigentum bedingt übertragen war, in der Zwischenzeit Eigentümer war.*)

Wenn man sich im Hinblick auf die Meinungen in den oben angeführten Schriften im allgemeinen hüten muß, eine auflösende Bedingung wegen der Schärfe ihrer Wirkung anzunehmen, so wird doch diese *unmittelbare* Wirksamkeit des Rechtsinstituts im vorliegenden Falle gerade unsere Ansicht bestärken; denn der Zweck des Rückgabevorbehalts besteht ja darin, das geschlossene Vertrags-

*) vergl. auch *Staudinger*: I S. 393.

verhältnis durch den Willen einer der Parteien wieder zum Erlöschen zu bringen. Diese Absicht der Parteien wird auch in den meisten Fällen auf das dingliche Uebertragungsgeschäft der gekauften Sache bezogen werden können. Die Umstände werden diese Absicht meistens ergeben, ohne daß sie schlechthin angenommen werden soll.

Dann wäre auch der dingliche Uebergabeakt durch die Rückgabe auflösend bedingt. Schon durch die Rückgabe erlangte dann der Verkäufer sein Eigentum wieder; nicht wäre hier die Rückgabe lediglich Uebergabeakt, zudem noch die Einigung der Parteien hinzukommen müßte.

In den wenigen Fällen, in denen der dingliche Uebergabeakt nach dem Willen der Parteien nicht durch die Rückgabe auflösend bedingt sein sollte, kann man in der Rückgabe jedenfalls die stillschweigende Einigung der Parteien auf Eigentumsrückübertragung sehen. Da in der Rückgabe außerdem natürlich der Uebergabeakt liegt, so geht auch in diesen Fällen mit der Rückgabe das Eigentum über.

Demnach wird man mit Sicherheit annehmen können, daß der Kauf mit Vorbehalt der Rückgabe sich darstellt als ein Kauf unter der auflösenden Bedingung „wenn die Sache zurückgegeben wird."